



9 - 13 OCAK 2001  
A N K A R A

**Türkiye Barolar Birliği**

Karanfil Sokak No: 5/62 Kızılay - ANKARA

**Tel** : (0.312) 418 05 12

**İnternet Adres** : [www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr)

**e-mail** : [admin@barobirlik.org.tr](mailto:admin@barobirlik.org.tr).

**Grafik Tasarım, Dizgi ve Baskı**

Afşaroğlu Matbaası Ankara 2001

**Tel** : (0.312) 425 22 44

**Fax** : (0.312) 425 11 09

**e-mail** : [afsaroglumatbaa@hotmail.com](mailto:afsaroglumatbaa@hotmail.com)

©**Copyright** Bu kitabın her türlü telif ve yayın hakları yazarlarına ait olup kitaptaki bölümler kısmen veya tamamen yazılı izin olmadan kullanılamaz, yayınlanamaz, çoğaltılamaz.

**Türkiye Barolar Birliği Yayın No : 12**

**ISBN : 975-6689-08-0**

---



## Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Kararı

Türkiye Barolar Birliği tarafından 9-13 Ocak 2001 tarihleri arasında "Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı" adı altında etkinlik düzenlenmesine oybirliği ile karar verildi. 13.06.2000

Başkan  
Av. Enalp Özgen

Başkan Yrd.  
Av. Burhan Kanaçelik

Başkan Yrd.  
Av. Hüseyin Erkenci

Genel Sekreter  
Av. Özdemir Özok

Sayman  
Av. Sadık Erdoğan

Üye  
Av. Sabri Kurt

Üye  
Av. E. Yıldız Başgatur

Üye  
Av. Zeki Ekmen

Üye  
Av. Ayşenur Bahçekapılı

Üye  
Av. Kazım Kocaçoğlu

Üye  
Av. Şefik Kurca

**HAZIRLIK VE YÜRÜTME  
KURULU ÜYELERİ**

*Av. Atilla SAV*

*Av. Hüseyin ERKENCİ*

*Av. Erzan ERZURUMLUOĞLU*

*Av. Özdemir ÖZOK*

*Av. Ünsal TOKER*

*Av. Kemal HAKİMOĞLU*

*Av. Sadık ERDOĞAN*

*Av. Erkan YÜCEL*

*Av. Uğur UZER*

*Av. Tülay YILMAZ*

*Av. V. Ahsen COŞAR*

*Av. Tacar ÇAĞLAR*

*Av. İsmail ATAK*

*Av. Oğuz BÜYÜKTANIR*

## Önsöz

Ülkemiz 1876 yılında başlayan aydınlanma ve batılılaşma hareketlerinin bir sonucu olarak, sürekli yeni bir toplum düzeni ve onun hukuksal alt yapısını oluşturacak Anayasa arayışları içinde olmuştur. Böylece yedi Anayasa metni çeşitli nedenlerle topluma sunulmuştur. Bu gün yürürlükte olan 1982 Anayasası, kabul edildiği günden itibaren çeşitli eleştiri ve toplumsal muhalefete hedef olmuştur. Özellikle bu eleştiriler ve toplumsal muhalefet son yıllarda ciddi boyutlara varmış, toplumun çeşitli kesimlerinde daha çağdaş, daha demokratik bir Anayasa arayışının içine girilmiştir. Bu bağlamda bir çok sivil toplum örgütü, kendi görüş ve düşüncelerini ifade eden Anayasa metinlerini kamuoyuna sunmuştur. Bu gelişmeler Anayasa yapma ve yapılanları değiştirme yolunda toplumsal bir alışkanlığımızı göstermektedir. Nedenleri üzerinde durulmaksızın, salt bu olgunun siyasal gelişme ve toplumsal olgunluk açısından sağlıklı bir durum olmadığını söyleyebiliriz. Türkiye sürekli Anayasa arayışları içinde olmuştur. Demokrasinin ve parlamenter sistemin askıya alındığı ara rejimlerden sonra mutlaka yeni bir Anayasa dayatılmıştır. Toplumların Anayasa yapma ve Anayasalardan sürekli şikayetçi olması övünülecek bir davranış değildir. Ancak bugüne kadar yürürlükte olan tüm Anayasaların yapılmasında geniş halk kitlelerinin katkısı yok denecek kadar az olmuştur. Ülkemizde son Anayasa arayışları ise daha farklı gelişmektedir. Toplumsal muhalefet ve halk yapılacak yeni Anayasada daha etkin olma istemini her fırsatta yenilemektedir.

Türkiye Barolar Birliği kuruluşundan itibaren, görüş ve önerilerini kamuoyuna sunarak Türk Hukukuna olumlu katkılarda bulunmuştur. Son olarak toplumun Anayasa arayışına yanıt olması düşüncesi ile geniş katılımli uluslararası bir Anayasa Kurultayı düzenleme kararı alınmıştır. Ankara'da 9-13 Ocak 2001 günlerinde gerçekleştirilen kurultayda yurt içinden

*ve yurt dışından bilim adamlarının yanı sıra, uygulayıcılarla, siyasi parti temsilcileri katılmış görüş ve düşüncelerini aktarmışlardır.*

*Amaç yeni bir yüzyılın başında evrensel oluşumlar ve toplumumuzun eriştiği gelişme sürecine yanıt verecek bir Anayasanın yapılmasında Türkiye Barolar Birliğinin de katkılarının olmasıdır. Beş gün süren toplantıda salonu dolduran izleyenlerin ilgi ve duyarlılığının yanı sıra toplantıya bildiri sunarak, tartışmacı olarak ve yönetici olarak, katkıda bulunan katılımcıların destekleri ve kurultay sonrası aldığımız kutlama mesajları toplantının beklenen amaca hizmet ettiğini göstermektedir.*

*Toplantı öncesinde, toplantı sırasında ve toplantı sonuçlarının kitaplaşması aşamalarında katkıda bulunanlara teşekkür ediyor ve saygılarımızı sunuyoruz.*

**TBB Yönetim Kurulu**

## İÇİNDEKİLER

### BİRİNCİ GÜN

#### Açış Konuşmaları

Prof. Dr. Eralp ÖZGEN (Türkiye Barolar Birliği Başkanı) .....	3
Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK (Adalet Bakanı) .....	7
Ahmet Necdet SEZER (Cumhurbaşkanı) .....	18

#### Konferanslar

##### I. Konu

##### *Dünyada Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar*

<b>Oturum Başkanı : Mustafa BUMİN (Anayasa Mahkemesi Başkanı) .....</b>	<b>27</b>
<b>Konuşmacılar</b>	
1. Prof. Dr. Paulo Affonso Leme MACHADO (État Paulista Üniversitesi - UNESP Brezilya) .....	29
2. Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN (Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi) .....	38
3. Prof. Dr. Klaus STERN (Institut für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln) .....	45

##### II. Konu

##### *Türkiye'de Anayasacılık ve Anayasa Kültürü*

<b>Oturum Başkanı : Nejat ARSEVEN (TBMM Başkan Vekili) .....</b>	<b>59</b>
<b>Konuşmacılar</b>	
1. Prof. Dr. Jean MARCOU (Grenoble Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi - Kahire Üniversitesi) .....	61
2. Prof. Dr. Coşkun SAN (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi) .....	76
3. Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL (Anayasa Hukuku Profesörü) .....	85

## İKİNCİ GÜN

### Bildiriler

<b>Oturum Başkanı</b> : Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	101
---	-----

### *Bildiri -I-*

#### *Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	102
--	-----

<b>Tartışmacı</b> : Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü) .....	140
--	-----

### *Bildiri -II-*

#### *Yeni Gelişmeler ve Üçüncü Kuşak Haklar*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Silvio MARCUS- HELMONS (Louvain Katolik Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Müdürü-Belçika) .....	155
--	-----

Prof. Dr. Jean ROSSETTO (François Rabelais Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Tours-Fransa) .....	165
---	-----

#### **Tartışmacılar :**

1. Doç. Dr. Oktay UYGUN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	179
--	-----

2. Yrd. Doç. Dr. Sultan ÜZELTÜRK (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	184
--	-----

### **Açık Oturum**

#### *Temel Hak ve Özgürlükler*

#### *(Kapsam, Sınırlama ve Kötüye Kullanılması)*

<b>Oturum Başkanı</b> : Mahir Can ILICAK (Anayasa Mahkemesi Üyesi) .....	197
---	-----

#### **Konuşmacılar**

1. Av. Güney DİNÇ (İzmir Barosu) .....	199
---	-----

2. Prof. Dr. Michel Louis MARTIN (Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitü Müdürü) .....	219
3. Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi) .....	243
4. Prof. Dr. Sait GÜRAN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	251
5. Dr. Rıza TÜRMEN (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı) .....	295

## ÜÇÜNCÜ GÜN

### Konferans

*Siyasal Sistemler  
(Demokratik Parlamenter Sistem,  
Başkanlık - Yarı Başkanlık Sistemi, Tek-Çift Meclis )*

<b>Oturum Başkanı :</b> Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	335
--	-----

#### Konuşmacılar

1. Prof. Massimo VILLONE (İtalyan Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu Başkanı Anayasa Hukuku Profesörü) .....	338
2. Prof. Dr. Süheyl BATUM (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı) .....	349
3. Prof. Dr. Alain BOCKEL (Galatasaray Üniversitesi - Orléans Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	341
4. Doç. Dr. Erdal ONAR (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	362

#### Bildiriler

<b>Oturum Başkanı:</b> Nuri ALAN (Danıştay Başkanı) .....	413
--	-----

*Bildiri -I-*  
*Demokratik Denetim ve Katılımcılık*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Elisenda MALARET .....	415
(Barselona Üniversitesi Hukuk Fakültesi)	
<b>Tartışmacı</b> Prof. Dr. Zafer ÜSKÜL (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	432

*Bildiri -II-*  
*İdarenin Yargısal denetimi*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Ülkü AZRAK (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	441
<b>Tartışmacı</b> : Prof Dr. İl Han ÖZAY (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	470
<b>Oturum Başkanı</b> : Av. Burhan KARAÇELİK (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı) .....	477

*Bildiri -III-*  
*Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu,  
Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Yıldızhan YAYLA (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	478
<b>Tartışmacı</b> : Prof. Dr. Uğur ALACAKAPTAN (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı) .....	500

*Bildiri -IV-*  
*Siyasal Partiler ve Seçim Hukuku*

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Yavuz SABUNCU (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi) .....	517
<b>Tartışmacı</b> : Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN (Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi) .....	527



**DÖRDÜNCÜ GÜN**

**Açık Oturum**

***Küreselleşme, Evrensel Değerler ve Ulusal Egemenlik***

**Oturum Başkanı :** Prof. Dr. Suna KILI  
(Boğaziçi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi) ..... 535

**Konuşmacılar**

1. Prof. Dr. Jean DUFFAR  
(Paris Val de Marne Üniversitesi Hukuk Fakültesi) ..... 538

2. Prof. Dr. Slobodan MILACIC  
(Balkan Araştırmaları Enstitüsü Müdürü, Montesquieu Bordeaux-IV) ..... 550

3. Prof. Dr. Türkel MİNİBAŞ  
(İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi) ..... 570

4. Prof. Dr. Mümtaz SOYSAL  
(Anayasa Hukuku Profesörü) ..... 583

5. Dr. Semih VANER  
(Uluslararası Araştırma ve İncelemeler Merkezi-Paris) ..... 595

**Bildiriler**

**Oturum Başkanı :** Av. Teoman EVREN  
(TBB Önceki Başkanlarından) ..... 621

***Bildiri -I-***

***Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti***

**Sunuş :** Prof. Dr. Michael SACHS  
(Heinrich Heine Üniversitesi-Düsseldorf) ..... 623

**Tartışmacı :** Yekta Güngör ÖZDEN  
(Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanlarından ve  
Türk Hukuk Kurumu Başkanı) ..... 636

***Bildiri -II-***

***Yargı Bağımsızlığı***

***(Yargıç Güvencesi, Yargının ve Savunmanın Bağımsız Örgütlenmesi)***

**Sunuş :** Dr. Uğur İBRAHİMHAKKIOĞLU  
(Yargıtay Genel Sekreteri) ..... 652

<b>Tartışmacı</b> : Av. Eralp ÖZGEN (Türkiye Barolar Birliği Başkanı) .....	677
<b>Oturum Başkanı</b> : Prof. Dr. Zafer GÖREN (Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi) .....	689

**Bildiri -III-**  
**Anayasa ve Yüksek Mahkemeler**

<b>Sunuş</b> : Dr. Önder AYHAN (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı) .....	690
<b>Sunuş</b> : Doç. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	781
<b>Tartışmacı</b> : Güven DİNÇER (Anayasa Mahkemesi Önceki Başkan Vekili) .....	806

**Bildiri -IV-**  
**Anayasa Yargısı**

<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Henry ROUSSILLON (Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı-Fransa) .....	821
<b>Tartışmacı</b> : Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi) .....	844

**BEŞİNCİ GÜN**

**Bildiri**  
**Ekonomik Düzen ve Anayasa**

<b>Oturum Başkanı</b> : Av. İsmet CANTÜRK (Rekabet Kurulu Üyesi) .....	855
<b>Sunuş</b> : Prof. Dr. Turgut TAN (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi) .....	857
<b>Tartışmacı</b> : Prof. Dr. Vural Fuat SAVAŞ (Yeditepe Üniversitesi İktisat Fakültesi) .....	876

**Forum- Açık Tartışma**  
**Türkiye için Nasıl Bir Anayasa - Bir Anayasa Modeli**

<b>Oturum Başkanı</b> : Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ (Galatasaray Üniversitesi Rektörü) .....	895
---	-----

DSP Temsilen Tayfun İÇLİ (Ankara Milletvekili) .....	898
MHP Temsilen Dr. Oktay VURAL (MHP Grup Başkanvekili) .....	904
ANAP Temsilen Beyhan ASLAN (ANAP Grup Başkanvekili) .....	910
Oktay EKŞİ (Basın Konseyi Başkanı-Gazeteci-Yazar) .....	916
FP Temsilen Bahri ZENGİN (İstanbul Milletvekili-FP Genel Başkan Yrd) .....	920
DYP Temsilen Av. Ahmet İYİMAYA (Amasya Milletvekili) .....	926
CHP Temsilen Prof. Dr.Oya ARASLI (CHP Genel Başkan Yrd.) .....	932
HADEP Temsilen Hamit GEYLANI .....	941
Doç. Dr. Yılmaz ALİFENDİOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	955
Prof. Dr. Alain BOCKEL (Galatasaray Üniversitesi/Orléans Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	958
Av. Eyüp Sabri ÇEPIK (Şanlıurfa Baro Başkanı) .....	966
Av. Teoman ERGÜL (Manisa Barosu Önceki Başkanı) .....	970
Prof. Dr. Zafer GÖREN (Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi) .....	979
Av. Hakkı Suha OKAY (Ankara Barosu Önceki Başkanı) .....	988
Doç Dr. Firuz Demir YAŞAMIŞ (Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi) .....	993
Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi) .....	1001
<i>Uluslararası Anayasa Hukuk Kurultayında Yabancı Konukların Yapmış Oldukları Konuşmaların Orijinal Metinleri</i> .....	1023

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

**ULUSLARARASI  
ANAYASA HUKUKU KURULTAYI  
9-13 Ocak 2001**

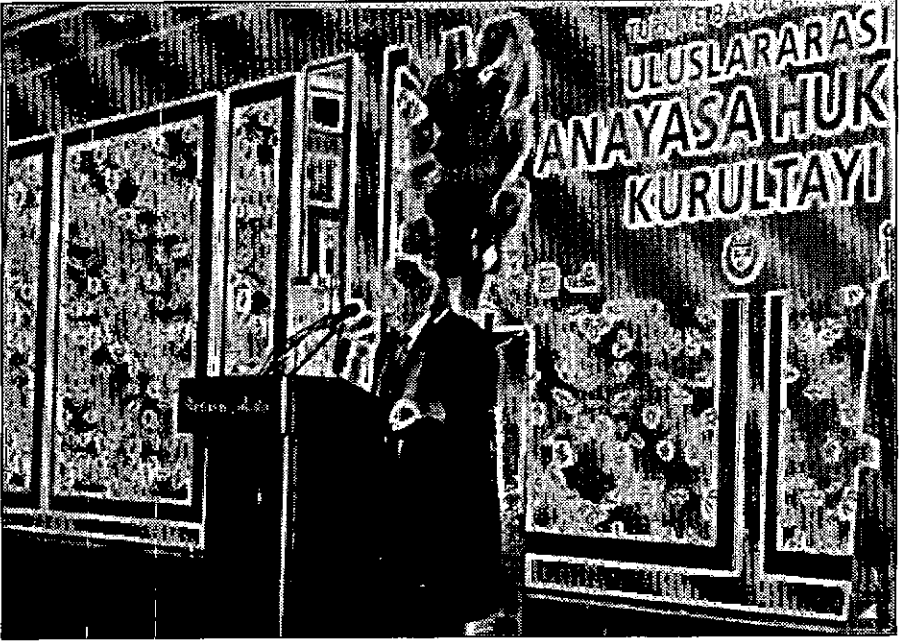
**BİRİNCİ GÜN**

**AÇILIŞ KONUŞMALARI**

**Av. Eralp Özgen (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)**

**Prof. Dr. Hikmet Sami Türk (Adalet Bakanı)**

**Ahmet Necdet Sezer (Cumhurbaşkanı)**



**Av.Eralp Özgen**

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Av.Eralp Özgen

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sayın Cumhurbaşkanım,

Değerli konuklar, sayın izleyenler, yazılı ve görsel basınımızın sayın temsilcileri; Türkiye Barolar Birliği'nce düzenlenen "Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı" açılış törenine katılmanız nedeni ile hepimize teşekkürlerimi ve içten saygılarımı sunuyorum.

Ülkemizin hukuk ve yargı alanında sorunları çoktur. Çeşitli konuşmalarımızda vurguladığımız üzere, yargı bağımsızlığının tam olarak sağlanamamış olması, devletin temelini teşkil eden adalet işlerine yeterli bütçe olanaklarının tanınmaması ve bunun sonucu ortaya çıkan büyük aksaklıklar, "sav-savunma-karar" üçlüsünden oluşan yargılama makamında "savunmayı" dışlayan bir anlayışın sonucu olan İçişleri, Adalet ve Sağlık Bakanlıklarınca hazırlanmış ve cezaevine girişleri düzenleyen üçlü protokol, devletin kendisini savunma durumunda olan kamu avukatlarının sorunlarına olumsuz yaklaşımı ve bunlara ilave olarak son birkaç ay içinde ortaya çıkıp geniş çaplı tartışmalara neden olan af yasası, cezaevleri operasyonu ve hayat standardı esasının yeniden kabulü konuları, söz konusu sorunların sadece bir kaçını teşkil etmektedir. Ben bugünkü açış konuşmamda bu konular üzerinde durmayacağım. Çünkü, çağımızda modern bir devletin yapısı Anayasa temeli üzerine kurulur. Anayasalar, temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluştururlar. Bu nedenlerle, bugün başlayan Kurultayımızın da ana temasını oluşturan Anayasa konusu üzerinde durmakla yetineceğim.

Basından öğrendiğimize göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde Anayasamızın bazı maddelerinin değiştirilmesine yönelik çalışmalar yapılmaktadır. Ancak inanıyoruz ki, yürürlükteki Anayasa'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi, onu çağdaş sosyal ve hukuksal değerlerle uyum haline getiremeyecek; temel hak ve özgürlüklerin güvencesini sağlama açısından ye-

terli bir çalışma olmayacaktır. 1982 Anayasasının Danışma Meclisi'nde kabul edilerek bir tasarı olarak Milli Güvenlik Konseyi'ne sunulduğu günlerde 2 ve 3 Ekim 1982 tarihlerinde Türkiye Barolar Birliği'nin Olağanüstü Genel Kurul toplantısı yapılmış ve o tarihlerde henüz taslak niteliğinde olan Anayasa tartışılmıştır. Genel Kurul tarafından kabul edilen raporun daha başında Ana ilkeler başlığı altında "...onurlu bir varlık olan insanın, devletin bile el uzatamayacağı bazı özgürlüklerin ve dokunulmazlıkların sağladığı bir toplum yaşamında mutlu olabileceği, devletin varlık nedeninin de kişinin özgürlük ve güvenliğinden geçen mutluluğunu sağlamaktan ibaret olduğu" belirtildikten ve bu düşüncenin tüm uygar dünyaca benimsenmiş ortak bir inanç olduğu vurgulandıktan sonra şöyle denilmiştir: "Bu görüşten hareket etmeyen, kişiyi amaç değil araç, devleti ise amaç sayan devlet felsefesi ve ona dayanan bir anayasal düzen.... topluma sadece açık ya da kapalı dikta rejimi getirir."

Türkiye Barolar Birliği'nin sözü edilen Olağanüstü Genel Kurulu'nda kabul edilen raporda, Anayasa tasarısının yüzyıllardır uygar dünyaca benimsenmiş bir çok özgürlüğü çok aşırı biçimde sınırladığı, özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılmasına karşı güvence niteliğinde olan "öze dokunmama" kuralının da kabul edilmediği, özgürlüklerin ve dokunulmazlıkların son güvencesi olan yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesinin de yok edilerek, özgürlükçü hukuk devleti modelinden açıkça uzaklaşıldığı belirtilmiş; Ekonomik ve Sosyal Haklar Bölümündeki hükümlerin Sendika Kurma Özgürlüğü'nü, Toplu İş Sözleşmesi ve Grev Hakları'nı iyice kısıtladığı ve böylece Sosyal Devlet İlkesinin, çeşitli somut hükümlerin getirdiği sınırlamalar ve yasaklamalarla yalnız kağıt üzerinde bir kavram düzeyine düşürüldüğü vurgulanmıştır. Aynı Genel Kurul kararında "Atatürk'ün yalnız çağdaş uygarlık doğrultusunda hızlı atılımları gerçekleştirmek için değil aynı zamanda demokrasinin ön koşulu saydığı için bağlandığı laiklik ilkesinden sapılmıştır. Böylece hür düşünceli kuşaklar yaratma amacı terk edilmiş, Atatürk devrimlerine karşıt oluşumların tohumları atılmıştır" denilmek sureti ile günümüzdeki gelişmeler, daha o günlerden teşhis edilmiştir. Sözü ettiğim Genel Kurul kararında, bazı temel hak ve özgürlüklerde kısma nedeni olarak "suç işlenmesini önlemek" den söz edildiği; bunun yanlış olduğu, hukuk devletinde suç işlendikten sonra

faile yetkili mercilerin gerekli cezayı verecekleri, bu nedenle " belki suç işlenir" düşüncesi ile özgürlüklerin kısılması yoluna gidilemeyeceği, tasarıdaki sınırlamalarla çoğulcu ve özgürlükçü demokrasinin gerçekleştirilemeyeceği açıklandıktan sonra " Sonuç" olarak şu hususlar vurgulanmıştır: " Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu Danışma Meclisince kabul edilerek, Milli Güvenlik Konseyine sunulan tasarıyı getirdiği kurum ve düzenlemelerle halkın oyuna inanmayan ve genel olarak seçimi önemsemeyen, çoğulcu demokrasiye ve çağımızın tüm sosyal ve hukuksal değerlerine ters düşen, Türk toplumunu çok gerilere ve çeşitli bunalımlara sürükleyebilecek nitelikte bulunmaktadır. Bu haliyle Tasarının düzeltilmeyecek bir öneri olduğu ve yeni baştan kaleme alınması gerektiği görüş ve inancındadır."

Görüldüğü üzere Türkiye Barolar Birliği Genel Kurulu, bugün 17 yılı aşkın bir süre uygulandıktan sonra Anayasa hakkında kamuoyunun vardığı sonuçları, daha Tasarı halinde iken görmüş ve vurgulamıştır.

İşte bu nedenlerle, 1982 Anayasa'sında bazı değişikliklerle düzgün ve çağdaş bir Anayasa'ya kavuşmak olanaksızdır. Bu nedenle bazı maddelerde değişiklikler yapmak yerine, yepyeni bir Anayasa yapmak durumundadır bugün ülkemiz. Yeni yapılacak Anayasa'nın kuramsal ve bilimsel temellerini tartışmak ve belirlemek amacı ile bu Kurultayı düzenledik. Bu Kurultayda yapılacak tartışmaların sonucuna göre yeni bir Anayasa taslağı hazırlamak üzere de Birliğimiz, çeşitli Üniversitelerdeki öğretim üyeleri ile avukatlardan oluşan bir komisyon kurmuştur. Komisyonda görev kabul ederek çalışmalara katılan değerli öğretim üyeleri ile avukatlara huzurunuzda bir kez daha teşekkür ederim.

Böyle bir Kurultay'ın düzenlenmesi, takdir edeceğimiz üzere katkıda bulunacak kuruluşların bulunmasına bağlıdır. Bu Kurultayı toplayabilmemize katkıları ile olanak sağlayan ve böylece ülkemizde yapılması arzu olunan yeni ve sivil Anayasa'nın kuramsal temellerinin saptanmasını sağlayan Nurol Holding'e, Vakıflar Bankası'na, Halkbankası'na ve Rekabet Kurumu'na gönülden teşekkür ederim.

Beni dinlediğiniz için teşekkür eder, hepinize saygılar sunarım.



Sayın Cumhurbaşkanım, sayın konuklar; Adalet Bakanı Prof. Dr. Sayın Hikmet Sami Türk'ü, konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.



**Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK**

---

Adalet Bakanı

## Prof. Dr. Hikmet Sami TÜRK

Adalet Bakanı

Sayın Cumhurbaşkanım, yüksek yargı organlarının değerli Başkanları ve Üyeleri, Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, Yönetim Kurulu Üyeleri, değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı'nın ülkemizde Anayasa hukukunun gelişmesinde önemli bir katkı sağlayacağını düşünüyorum.

Bilindiği gibi, anayasalar, bireyin insan haklarını güvence altına alan ve devletin temel yapısını düzenleyen hukuk kurallarının tümüdür. Bu kurallar, hâlâ bazı ülkelerde görüldüğü gibi geleneklerden de oluşabilir ya da insanlık tarihinin son 200 yılını aşkın döneminde görüldüğü gibi yazılı kurallar halinde de ifade edilebilir. Hangi şekliyle olursa olsun, anayasalar bir toplumsal sözleşme ve bir temel kanun olarak nitelenebilir. Bir görüşe göre, anayasalar, vatandaşlar arasında yapılan bir toplumsal sözleşmedir; onların insan haklarını karşılıklı olarak güvence altına alan ve devleti örgütleyen, kuran belgeler, anayasa olarak, anayasanın ifadesini bulduğu sözleşme olarak nitelendirilebilir.

Bir başka görüşe göre, anayasalar vatandaşla devlet arasındaki sözleşmedir. Bu, özellikle temel hak ve özgürlükler bakımından ifade edilmektedir. Burada devlet, bireyin haklarını tanımayı, onları ihlal etmemeyi, onları korumayı ve geliştirmeyi taahhüt etmektedir.

Anayasalar, aynı zamanda hukuk sisteminde temel kanun niteliğindedir; bizim ilk yazılı Anayasamız Kanunu Esasi bu anlamdaydı. Alman Anayasası, bugün "Temel Kanun" -"Grunt Gezet"- adını taşımaktadır; "anayasa" sözcüğü de zaten bunu ifade etmektedir. Anayasalar, bu anlamda kuruluş kanunu olarak da kabul edilebilir. Nitekim konsitüsyon ya da consitution sözcüğü bunu belirtmektedir.

Günümüzde yazılı anayasalara baktığımız zaman, bunların içinde yürürlükte olan en eski metnin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası olduğunu görüyoruz. Bu Anayasada olduğu gibi, anayasalar çeşitli ülkelerde ya yeni bir devlet kurulurken -bu arada daha önce bağımsız olmayan bir

ulus, bağımsızlığa kavuşurken- ya da bir ülkede rejim değişikliği yapılırken ya da bu ölçüde olmasa dahi, devlet yapısında köklü bir değişikliğe gidilirken yapılır.

Anayasaların hazırlandıkları ve kabul edildikleri dönemin anlayışını, dünya görüşünü yansıtmaları doğaldır. Ancak anayasalar, geçmişin olayları göz önünde bulundurularak hazırlanır ve böylelikle geleceği kucaklayan, geleceği düzenleyen kurallar olarak ortaya çıkar. Bu anlamda anayasalar, belirli bir ölçüde tepki kuralları niteliğindedir. Ancak bu tepkiyi belirlerken sadece en son yaşanmış olanı değil, bütün bir geçmişi, geleceği planlayacak biçimde göz önünde bulundurmak gerekir. Aksi taktirde, en son yaşanan olaylardan hareket ederseniz, geleceğe dönük kurallar da uzun bir geleceği kapsayabilecek kurallar niteliğinde olmaz.

Anayasalar, geleceği düzenler, geleceği olabildiğince genişliğiyle düzenler. Anayasalar, ileriye dönük kurallardır, kolay kolay değiştirilmeyecek, sürekli olarak uygulamada kalacak olan kurallardır. Ancak zamanın değişmesiyle her şeyin değiştiği de bir gerçektir. O yüzden, ne kadar uzun bir geçmiş dikkate alınarak hazırlanmış olursa olsun, ne kadar uzun bir gelecek hesaba katılarak düzenlenmiş olursa olsun, anayasalar da eksik veya tamamıyla ya da çeşitli kurallarıyla değiştirilmek durumunda kalır. Örnek olarak, dünyada ve bizde bazı anayasaların yürürlük süresini dikkate alacak olursak, bu sözlerin doğruluğu daha iyi anlaşılır. Biraz önce de belirttiğim gibi, hâlâ yürürlükteki yazılı anayasaların en eskisi Amerika Birleşik Devletleri Anayasasıdır. 1789 yılında yürürlüğe giren bu Anayasa, şimdi 212 yaşındadır; ama bu Anayasada 26 değişiklik yapılmıştır. Amerikan Anayasasının sonunda "emendment" biçiminde eklenen değişiklikler, onu değişen koşullara uyumlu hale getirmek amacını gütmektedir.

Kıta Avrupa'sına baktığımız zaman, İkinci Dünya Savaşı ertesinde yoğun bir anayasalaşma hareketi görüyoruz. İkinci Dünya Savaşının yenik veya galip ülkeleri, yeni anayasalar yapma gereğini duymuştur. Halen yürürlükte olan anayasalardan İtalyan Anayasası 1947 tarihlidir; yani 54 yıldan beri yürürlüktedir. Alman Anayasası 1949 yılında kabul edilmiştir, başka bir deyişle 52 yaşındadır. Yürürlükteki Fransız Anayasası 1958 tarihlidir ve 43 yaşındadır. Yakın tarihli anayasalara baktığımız zaman, Yunan Anayasası 1975 yılında kabul edilmiştir ve 26 yıldan beri yürürlükte-

dir; İspanyol Anayasası 1978 tarihlidir, 23 yaşındadır ve bütün bu anayasalarda zaman içinde değişiklikler yapılmıştır.

Türk Anayasa hukukunun gelişmesine baktığımız zaman, bizdeki ilk yazılı Anayasa, meşruti monarşiyi getiren 1876 tarihli Kanuni Esasidir. Bunun çeşitli aralıklarla da olsa 1921 yılına kadar devam ettiğini kabul edersek, 45 yıl yürürlükte kalmıştır. Ondan sonra iki Teşkilatı Esasiye Kanunu gelir: Birincisi Kurtuluş Savaşı yıllarının Anayasası ve meclis hükümet sistemine dayalı olan 1921 tarihli Teşkilatı Esasiye Kanunu, 3 yıl yürürlükte kalmıştır ve onu aynı adla 1924 Teşkilatı Esasiye Kanunu izlemiştir. 1924 Teşkilatı Esasiye Kanununun 1960 devrimine kadar onun yürürlükte kaldığı göz önünde bulundurulursa, Kanuni Esasiden sonra en uzun süre yürürlükte kalan Anayasa olmuştur, 36 yıl yürürlükte kalmıştır. Ondan sonra Türkiye Cumhuriyeti Anayasası adını taşıyan iki Anayasamız var: Birincisi 1961 Anayasası; 1980 askeri müdahalesiyle sona erdiğini düşürsek, 19 yıl yürürlükte kalmıştır. Daha sonra kabul edilen 1982 Anayasası da bugün 19 yılının içindedir. Demek ki Türkiye’de 125 yılda 5 Anayasa ve çok sayıda Anayasa değişikliği kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Ülkemizde ortalama her 25 yılda bir yeni Anayasa yapılmıştır, bu arada da çok sayıda Anayasa değişiklikleri kabul edilmiştir.

Anayasa değişiklikleri yapılırken veya yeni anayasalar yapılırken, önceki dönemlerin olaylarının göz önünde bulundurulması, o dönemdeki istenmeyen olayların tekrar yaşanmaması bakımından bir zorunluluktur. O anlamda da hemen hemen bütün anayasalar, bir tepki anayasası niteliğindedir. Nitekim 1949 Alman Anayasası, kendisinden önceki döneme bir tepki, tarihi bir tepki niteliğindedir; ama sadece Hitler döneminin dikta rejimine değil, ondan önceki Weimar dönemine de bir tepki niteliğindedir. Böylece 1949 Anayasası, istikrarsız bir dönemle totaliter bir dönemin olaylarını göz önünde bulundurarak, her iki dönemin tekrar yaşanmaması için gerekli kuralları koymayı amaçlamıştır. 1958 Fransız Anayasası da, 1946 Anayasasının getirdiği istikrarsızlık ortamına, sık sık yaşanan hükümet krizlerine bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bizde 1961 Anayasası, 1950’li yılların otoriter yönetim anlayışına karşı bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. Bu Anayasanın belirgin özelliği; getirdiği yeni kurumlarla birlikte, temel hak ve özgürlükleri genişletmesidir. Ancak 1961 Anayasası döneminde ya-

şanan hükümet krizleri, siyasi istikrarsızlık ve anarşi ortamı, 1982 Anayasasını da o döneme bir tepki olarak ortaya çıkarmıştır. Bu Anayasa da öncesinin tersine, özgürlükleri sınırlayan bir Anayasa olarak hazırlanmıştır.

Bütün bunlara bakıldığı zaman, anayasa hukukunda diyalektik bir sürecin yaşandığı görülür; etki, tepki ve sentezin yapılması. Biz, şimdi samiyorum ki sentezi yapmak durumundayız. Şüphesiz anayasaların tamamının değişmesi de savunulabilir. Nitekim Türkiye’de birçok kimse, biraz önce konuşan Türkiye Barolar Birliğinin Değerli Başkanı, Anayasada yapılacak olan kısmi değişikliklerin yeterli olmayacağını, Anayasanın tamamının değişmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu, saygıdeğer bir düşüncedir; ama gerçekçi olmak için, anayasaların belirli hedefler doğrultusunda ve ülke gereksinmelerine göre, değişen anlayışlara göre sürekli olarak değiştirilmesinin de, gerektiği ölçüde değiştirilmesinin de önemli bir yöntem olduğu anlaşılır. Anayasalar, ancak geniş mutabakatlarla, geniş uzlaşmalarla değiştirilebilir. Anayasanın bir toplumsal sözleşme olarak açıklanmasını dikkate alacak olursak, o toplumsal sözleşmenin tarafları arasında uzlaşmayı sağlamak durumundayız.

1961 Anayasası, yürürlükte kaldığı süre içerisinde çeşitli kesimlerce eleştirilmiştir ve 1961 Anayasasında, 12 Mart 1971 dönemi başta olmak üzere çeşitli değişiklikler yapılmıştır. Bunlar arasında, Anayasanın 1961’deki felsefesinden hayli uzaklaşan değişiklikler de bulunmaktadır. 1982 Anayasası ise, hazırlandığı ve halk oylamasına sunulduğu dönemde, yeterince tartışılmamış olmasının da bir sonucu olarak sürekli olarak tartışma gündemindedir; Türkiye’de bugünkü gibi sık sık anayasa kurultaylarının veya anayasa sempozyumlarının düzenlenmesi gereğinin altında da bu yatmaktadır.

Türkiye, şimdi yeni bir binyılın başındadır; her ülke gibi Türkiye de yeni bir yüzyıla girmiştir. Yeni bir anayasa yapılırken ya da anayasayı yeni anlayışlara göre sürekli olarak günün anlayışına uygun duruma getirirken, göz önünde bulunduracağımız bazı çağdaş özellikler vardır. Her şeyden önce küreselleşen bir dünyada yaşıyoruz, mesafeler kısalmıştır, ülkeler arası etkileşim tarihin hiçbir döneminde görülmeyecek ölçüde artmıştır, geleneksel sınırlar aşılmıştır. Sürekli bir teknolojik devrimin içinden geçiyoruz; tarihte hiçbir zaman teknolojik yenilikler bu kadar kısa aralıklarla

birbirini izlememiştir. Bilgilerimiz her sabah eskimiş olarak önümüze çıkmaktadır, her gün yeni bilgiler üretilmektedir. Bir bilgi çağında yaşıyoruz. İletişim olanakları, tarihin hiçbir döneminde yaşanmadığı ölçüde artmıştır.

Bütün bu değişiklikler içinde bazı değerler hiç eskimeyen, değişmeyen değerler olarak varlığını korumaktadır. Bunların başında insan hakları gelmektedir. Demokrasi, çağımızda bütün toplumların özlediği yönetim biçimidir. Sosyal hukuk devleti, gerçekleştirilmek istenen bir devlet modelidir. Kuvvetler arasında dengenin sağlanması, mutlaka başarılması gereken bir ödevdir. İşte bu olgular, hiç değişmeyen değerler olarak bütün yeni anayasa çalışmalarına yön verecek ilkelerdir. Bu arada Türkiye bakımından bazı yeni olguların da dikkate alınması zorunludur. Türkiye, artık Avrupa Birliği üyeliğine adaydır. Türkiye, 160 yıldan beri Avrupa hukukunu kendi hukuk sistemine almıştır, kıta Avrupa'sı hukukuyla Türkiye hukuku özdeştir. Ancak Türkiye şimdi içinde yer almak istediği bu dünyanın değerlerini benimsemek zorundadır, bunları Anayasasına yansıtmak durumundadır. Öyleyse yapacağımız bütün yeni anayasal düzenlemelerde, öncelikle insan haklarını güçlendirmek zorundayız, demokrasiyi geliştirmek zorundayız, sosyal hukuk devletini gerçekleştirmeliyiz, yargı bağımsızlığını güçlendirmeliyiz. Ancak bu arada devletin etkin çalışmasını, kamu yönetiminin düzgün işlemlerini, kamu hizmetlerinin verimli bir biçimde görülmesini sağlamak zorundayız. Bunları yaparken, Anayasada da ve onları hayata geçirecek olan yasalarda da çeşitli değişiklikler yapılması zorunludur. Bu kurultayda sanıyorum ki bütün bu konular ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Bundan önceki bir Anayasa sempozyumunda bu konuda bazı önerilerimi sunmuştum; ama bugün birkaç konu üzerinde durmakla yetineceğim. Bunlardan birisi, siyasal partilerle ilgilidir. Siyasal partiler, totaliter rejimlerden farklı olarak, bir devlet birimi değildir, devletin parçası değildir; ama siyasal partiler, halkla vatandaş arasında diyalogu kuran bir aracı konumundadır. O bakımdan siyasal partiler, demokratik rejimin vazgeçilmez unsurudur. Siyasal partiler, çalışmalarıyla ulusal iradenin oluşmasına katkıda bulunurlar. İster iktidarda olsun, ister muhalefette olsun, siya-

sal partilerin güvenlik içinde çalışması gerekir. Bu bakımdan son günlerde üzerinde çok durulan siyasal partilerin kapatılması rejimine değinmek yerinde olur.

Bilindiği gibi, 1995 yılında Anayasamızda yapılan değişikliklerle siyasal parti kapatılmaları sınırlandırılmıştır. Anayasamızın 69. Maddesine göre; siyasal partiler, ancak program ve tüzüklerinin Anayasamızın 68. Maddesinin 4. Fıkrasına aykırı olması; yani ülkenin bağımsızlığına, bütünlüğüne, Cumhuriyetin niteliklerine aykırı olması biçiminde çok genel olarak özetlenebilecek ilkelere aykırı olması ya da siyasal partilerin bu çeşit fiillerin odağı haline gelmesi ya da siyasal partilerin yurtdışından yardım kabul etmesi durumunda temelli kapatılır. Kararı verecek olan, Anayasa Mahkemesidir. Siyasal partilerin program ve tüzüklerinin Anayasamızın 68. Maddesine aykırı olması ya da yurtdışından yardım kabul etmeleri konusunda bir tartışma yaşanmamaktadır. Tartışma, daha çok siyasal partilerin Anayasamızın 68. Maddesinin 4. Fıkrasına aykırı faaliyetlerin odağı haline gelmesinde odaklanmaktadır. Daha önce mihrak olarak adlandırılan bu kavram, şimdi Anayasal terim olarak odak sözcüğüyle ifade edilmektedir. Anayasa Mahkememiz, bu konuda Siyasal Partiler Kanununun 103. Maddesinde yer alan mihrak ve odak tanımlarını, bakmakta olduğu davalar dolayısıyla iptal etmiştir.

Anayasamızın 69. Maddesinde odak kavramıyla ilgili bir düzenleme, Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonunun gündemindedir. Sanıyorum ki bu düzenleme yapılırken, Anayasa Mahkememizin bugüne kadar vermiş olduğu kararlar, bu arada odak kavramıyla ilgili kararları göz önünde bulundurulması gerekir. Ancak, Anayasamızın 69. Maddesinde, yaptırım olarak sadece siyasal partilerin temelli kapatılması ve bir de siyasal partilerin kapatılmasına neden olanların siyasal haklarını belirli bir süre için kaybetmeleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bunun yanında başka bazı yaptırımların da öngörülmesinde yarar vardır. Örneğin dava konusu fiillerin ağırlığına göre, siyasal partilerin temelli kapatılması yerine, ilgili partinin belirli bir süre için devlet yardımından yoksun bırakılması ya da yapılacak olan ilk genel veya ara seçime katılma hakkından yoksun bırakılması da düşünülebilir. Sanıyorum ki önümüzdeki günlerde Türkiye Bü-

yük Millet Meclisinde yapılacak olan tartışmalarda bu yaptırımlar da göz önünde bulundurulacaktır.

Anayasalar, mutlaka devletin temel kurumlarıyla etkili, verimli çalışmasını sağlamak durumundadır. Bunun için mevzuatta da gerekli değişiklikler yapılmalıdır. Parlamenter sistemde mevzuat değişiklikleri, totaliter sistemlerden farklı olarak çok çabuk çıkmamaktadır. Kanunların hazırlanması, incelenmesi, tartışılması, yasama organının komisyonlarında ve genel kurulunda tartışılması ve ondan sonra Cumhurbaşkanınca yayımlanması, bir süreç içinde yürümektedir. Bu arada Anayasamıza göre; Cumhurbaşkanı, yayımlanmasını uygun görmediği kanunları bir kez daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Bugünkü haliyle, Cumhurbaşkanı, geri gönderdiği kanunu sadece bir veya birkaç maddesi konusunda yeniden görüşülme gereksinmesini duysa da sistem gereği kanunun tamamı yeni baştan Meclisin komisyonlarında ve Genel Kurulunda görüşülmek durumunda kalmaktadır. Bu ise yasama ekonomisi bakımından çok büyük bir zaman kaybıdır; yasama organının diğer düzenlemeleri yapmasına engel olan bir durum ortaya çıkarmaktadır. O nedenle, Anayasada yapılacak olan değişiklikler arasında, yasama organının verimli çalışmasını sağlamak için, Cumhurbaşkanının bir kanunun tamamını veya bir kısmını, örneğin belirli maddelerini tekrar Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebileceğini kabul etmek gerekir. Bu, yasama ekonomisi bakımından bize büyük bir kolaylık sağlayacaktır.

Son zamanlarda yine çok tartışılan bir konu, kanun hükmünde kararnamelelerdir. Bilindiği gibi, Kanuni Esasi dönemindeki kanunu muvakkat çıkarma olanağını bir tarafa bırakacak olursak; bizde 1961 Anayasası döneminde, 12 Mart 1971 müdahalesinden sonra bu kurum anayasa hukukumuza girmiştir. Kanun hükmünde kararname, bir gereksinmenin ifadesidir. Nitekim çağdaş ülkelerde benzeri kurumlar vardır. Örneğin Fransız Anayasası, kanun konularını sırasıyla göstermiştir; onun dışındaki konuların hepsi kararnameyle düzenlenebilir, **decre** ile düzenlenebilir. Ancak hükümet, kanun konularında dahi, programının gerçekleştirilmesi için Meclisten belirli süre için yetki alarak ordonas çıkarabilir; yani kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Alman hukukunda, hükümet, hatta bakanlar, meclisten yetki alarak "**reks ferordongen**" çıkarabilir. Bütün



bunlar, çağdaş düzenlemeleri gerektiği zaman yürürlüğe koyabilmek zorunluluğundan doğmaktadır.

Bizde yasama yetkisinin devredilmezliği, Anayasanın temel ilkelerindedir. Ancak yine yasama organının vereceği yetkiyle, hükümete programının uygulanabilmesi için gerekli düzenlemeleri yapma olanağının tanınması da zorunludur. Ancak Anayasa Mahkememiz, kanun hükmünde kararname uygulamasını içtihat yoluyla daraltmıştır. Anayasa Mahkememizin, Anayasanın çeşitli hükümlerini karşılaştırarak ya da Danışma Meclisindeki bazı açıklamaları göz önünde bulundurarak getirdiği ölçüler arasında, Yetki Kanunu'nun önemli, ivedi ve zorunlu durumlarla sınırlı olması koşulları aranmaktadır. Bu koşullar, Anayasada yazılı olan koşullar değil; Anayasa Mahkememizin -biraz önce ifade ettiğim gibi- Anayasanın çeşitli hükümlerinden çıkardığı sonuçlardır. Bunun sonucunda, kanun hükmünde kararname kurumu son derece daralmış, işlerliğini büyük ölçüde yitirmiştir ve Türkiye'de siyasi partilerin bu konudaki davranışı da çok ilginçtir. Siyasi partilerimiz, iktidarda buldukları zaman bu gereksinmeyi duymakta ve Meclisten kanun hükmünde kararname çıkarmak için yetki istemektedir, bu yetkilerini de kullanmaktadır; ama muhalefet partileri ya da ana muhalefet partisi, hemen her zaman bu Yetki Kanunu ve arkasından ona dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnameleri Anayasa Mahkemesine götürmektedir.

Konular değiştiği zaman tutumlar değişmektedir; muhalefette Yetki Kanunu ve kanun hükmündeki kararnameleri Anayasa Mahkemesine götürürler, iktidar oldukları zaman aynı zorunluluklar karşısında aynı yetkileri istemekte ve aynı biçimde kanun hükmünde kararnameler çıkarmaktadırlar. Böylece Anayasa Mahkemesi, Mecliste kaybedilen bir mücadeleden devam ettiği bir mücadele alanı olarak kullanılmaktadır. Aslında rejimi bütün partilerin -ister iktidarda, ister muhalefette olsun- tam bir sorumluluk anlayışıyla birlikte yürütmeleri gerekir.

Burada hukuki bakımdan tartışılmasında yarar gördüğüm nokta, kanun hükmünde kararname kurumunun Anayasada yeniden düzenlenmesidir. Çağdaş bir devlette, parlamenter sistemin klasik yasama süreci içinde, ülkenin gereksinme duyduğu her düzenleme zamanında yapılamamaktadır; bu gerçeği görmek zorundayız. Çağı yakalamak için, mutlaka süratle ha-

reket etme zorunluluğu vardır. Ancak, bunu yaparken bazı yeni unsurları da ekleyebiliriz. Örneğin Fransız Anayasası'nda olduğu gibi, Danıştayın görüşünün alınması da bu koşullara eklenebilir; ama mutlaka hükümet programlarının uygulanabilmesi için, belirli sürelerle Meclisin hükümete yetki tanımaya ve bu çerçevede düzenlemeler yapılmasına olanak tanımak gerekir. Nihayet bu düzenlemeler Meclise sunulacaktır. Bu düzenlemeler, Anayasa yargısının denetimine tabidir; ama çağdaş bir devletin çok çeşitli değişken ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için, bu konuda katı bir tutum içinde olmakta yarar yoktur.

Anayasada yapılacak değişiklikler arasında, Anayasa yargısının alanını genişletecek değişikliklere de ihtiyaç vardır. Bunların başında, sanıyorum ki önümüzdeki günlerde Türkiye Büyük Millet Meclisinde tartışılacak olan Anayasanın geçici 15. Maddesinin 3. Fıkrasının kaldırılması gelmektedir. Bilindiği gibi, Anayasanın geçici 15. Maddesinin 3. Fıkrası, 12 Eylül 1980 döneminde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelemlerin Anayasaya aykırılığının öne sürülmesini engellemektedir. Artık bu düzenlemenin sürdürülmesinde yarar yoktur. Hukukumuzun gelişmesi bakımından, şüphesiz yasa koyucu, o dönemde çıkarılan kanunları, kanun hükmünde kararnameleri değiştirebilir, buna bir engel yok, o anlamda bir koruma sağlanmış değil; ama Anayasaya Mahkemesi'nin de bu sürece katkıda bulunabilmesini sağlamak ve Anayasaya aykırı normların yürürlükte kalmasını önlemek için mutlaka geçici 15. Maddenin 3. Fıkrasının kaldırılması şarttır.

Türkiye Barolar Birliği'nin böyle bir komisyon kurmasını son derece yerinde bir hareket olarak görüyorum. Ancak Anayasanın tamamının değiştirilmesi gibi bir toplumsal uzlaşma sağlanamasa dahi, Anayasanın artık bugünün anlayışına uymayan hükümlerini değiştirebiliriz. İşte bu çalışmalar bunlara katkıda bulunur. Nitekim Türkiye Büyük Millet Meclisinde de halen Partilerarası Uyum Komisyonunda bu yolda çalışmalar yapılmaktadır.

21. yüzyıl Türkiye'sini ya da 3. binyıl başındaki Türkiye'yi çağdaş bir devlet durumuna getirecek değişiklikler mutlaka yapılmalıdır. İnsan hakları güçlendirilmelidir. Devletin daha etkili çalışması sağlanmalıdır. Sadece hukuk devleti değil; ama sosyal hukuk devleti, gerçekleştirilmek istenen

hedeflerin başında yer almalıdır. Bunlar hem Anayasa değişiklikleriyle, hem yasalarda sürekli olarak yapılacak değişikliklerle uygulamaya yansıtılmalıdır.

Bugün çalışmalarına başlayan toplantının bu konuda çok yararlı katkılar sağlayacağını düşünüyorum. Bu toplantıya bildiriyle katılan bilim adamlarına, yurtdışından gelen bilim adamlarına ve tartışmalara katılacak olan herkese içtenlikle teşekkür ediyorum. Kurultayın, anayasa hukukumuzun çağdaş dünyanın en iyi anayasaları arasında yer alacak bir anayasanın geliştirilmesi yolunda başarılı çalışmalar yapması dileğiyle hepinizi saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

## Sunucu

---

Cumhurbaşkanımız Sayın Ahmet Necdet Sezer'i, konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum. Arz ederim.



## Ahmet Necdet Sezer

---

Cumhurbaşkanı

## Ahmet Necdet Sezer

Cumhurbaşkanı

Değerli konuklar; sözlerime, bu önemli uluslararası etkinliği, Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayını düzenleyen Türkiye Barolar Birliğine ve bu etkinliğin gerçekleşmesinde emeği geçenlere teşekkür ederek başlamak istiyorum.

Kurultaylar, uluslararası boyutu da varsa, oldukça güç gerçekleştirilen etkinliklerdir. Bununla birlikte, kuramcıların, bilim adamlarının, konunun uzmanlarının ve uygulayıcıların bilgilerini ve birikimlerini katılanlarla paylaştıkları kurultaylar son derece yararlı sonuçlar doğururlar; konuları planlayanlara, kuralları koyanlara ve uygulayıcılara yardımcı olurlar. Ülkemizin Avrupa Birliğine üyelik sürecini yaşadığı günümüzde, Anayasamızın da evrensel ölçütlere göre yeniden yapılandırılması kaçınılmazdır. Bu kurultayın uluslararası boyutu da göz önünde bulundurulursa, Anayasa sorunlarını tartışmaya açarak toplumun beklentilerine yanıt vermeye çalışacağına, çağdaş bir Anayasanın nasıl olması gerektiği konusunda topluma ve Anayasa değişikliği çalışmaları yönünden de Parlamenta ışık tutacağına inanıyorum ve verimli geçmesini diliyorum.

Sayın konuklar; anayasalarda devletlerin hukuksal yapısı, organların görev ve yetkileri, birbirleriyle ilişkileri belirlenir. Yasama ve yürütme erkleri karşısında bireylerin temel hak ve özgürlükleri düzenlenip, bunlara güvence sağlanır. Bunun için, iktidar gücünü sınırlayan kural ve ilkeler konulmuştur. Temel yasa olan anayasaların diğer yasalar karşısındaki bu üstün konumları, özenle korunmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu zorunluluk; rejimin temellerine ve devletin temel niteliklerine dokunmadan, anayasaların çağdaşlaştırılmasına, günün koşullarına göre yeniden gözden geçirilmesine de engel değildir.

Anayasanın 11. Maddesinde, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, yönetimi, diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu, yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilerek, Anayasanın üstünlüğü vurgulanmıştır. Ayrıca yargı erkine, yasama

ve yürütme karşısında üstünlük sağlanarak, yasama ve yürütmenin iktidar gücü dengelenmek istenilmiştir. 1961 ve 1982 Anayasalarında, yasaların Anayasaya uygunluğunu yargısal denetiminin öngörülmesi ve Anayasa Mahkemesinin kurulup sürdürülmesiyle Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğüne etkinlik ve işlerlik kazandırılmıştır.

Değerli konuklar; Anayasanın 2. Maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesi, devletin tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulmasını zorunlu kılmaktadır. Ne var ki, Anayasada yargı denetimini kısıtlayan düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasanın geçici 15. Maddesi, bunların en önemlisini oluşturmaktadır. Maddenin son fıkrasına göre, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan yasalar ve kanun hükmünde kararnamelemlerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülememektedir. Böylece bu dönemde yürürlüğe konulan yasaların denetimi yapılamamaktadır. Yargı denetimini kısıtlayan düzenlemelerden ikincisi, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleriyle ilgilidir. Anayasanın 148. Maddesine göre, olağanüstü hallerde sıkıyönetim ve savaş durumlarında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı savıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Böylece bu rejimlerde, temel haklara ve özgürlüklere ilişkin getirilebilecek sınırlama ve yasaklamalar yargı denetimine bağlı olmamaktadır. Oysa Anayasal bir rejim olan olağanüstü yönetim dönemlerinde de hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerli olması gerekir.

Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü ilkesini gerçekleştirmenin en önemli öğelerinden biri de yargı bağımsızlığıdır. Anayasada yargı bağımsızlığını zedeleyici kimi düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasaya göre, Cumhurbaşkanını; Anayasa Mahkemesi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, Danıştay üyeleri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve vekilini kendisine sunulan adaylar arasından ya da doğrudan seçmekte ve atamaktadır. Yüksek Mahkeme üyelerinin yargı organınca gösterilecek adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçilmesi, yargıyı yürütmeye bağlamanın bir belirtisi olarak değil, yargıya verilen yerin yüceliğini gösteren bir düzenleme olarak yorumlanabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçimi yönünden böyle bir yoruma katılmak güçtür. Göreviyle ilgili suç işlediğinde, kendisini Yüce Divan sıfatıyla yargılayacak ya da açacağı bir iptal davasına

bakacak olan Anayasa Mahkemesinin üyelerini Cumhurbaşkanının seçmesi, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmaz.

Ayrıca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşum ve çalışma biçiminden doğan pek çok sakınca, yargı bağımsızlığını zedelemektedir. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, adli ve idari yargıda görev yapan yargıç ve savcılarla mesleğe alma, atama, nakletme, disiplin cezası verme, yükseltme, meslekten uzaklaştırma; Yargıtay, Danıştay ve Uyuşmazlık Mahkemesi üyelerini seçme gibi çok önemli yetkileri kullanmaktadır. Böylesine önemli bir işlevi olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda yürütme organının temsilcisi olan Adalet Bakanına ve Bakanlık Müsteşarına yer verilmesi, yargı bağımsızlığına uygun düşmemektedir.

Değerli konuklar; Anayasada genel ve özel af ilanına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir. Affın, cezanın istenmeyen etkisini azaltarak ceza adaletine yardımcı olduğu; toplumdaki çatışmaların unutulması, kin duygularının önlenmeye çalışılması gibi durumlarda ceza politikasının uygulama aracı olarak kullanıldığı ileri sürülmektedir. Bununla birlikte, affın toplum vicdanını incittiği, adalet anlayışıyla bağdaşmadığı, yargıya ve giderek devlete olan güvenin yitirilmesine neden olduğu da bir gerçektir. Bu nedenle, Türkiye Büyük Millet Meclisinin af yetkisinin Anayasadan çıkarılması konusunun tartışılmasının zamanının geldiğine inanıyorum.

Hukuk devleti ilkesi, yönetenlerin de yönetilenler gibi hukuka bağlı kılınmasını öngörür. Devletin üstün otoritesinin hukuka bağlılığının sağlanarak dengelenmesinin ilk koşulu, yargı denetiminin devletin tüm organlarının eylem ve işlemlerini kapsamasıdır. Buna karşılık Anayasada, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerinin yargı denetiminin dışında tutulacağı; Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamayacağı, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakıldığı belirtilmiştir. Bireylerin hukuksal durumlarını etkileyebilecek işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Değerli konuklar; 1995 yılında 4121 sayılı Yasayla Anayasada önemli değişiklikler yapılırken, siyasi partilere ilişkin 68. ve 69. maddelerde de yeniden düzenleme yapılmıştır. Anayasanın 69. Maddesindeki, "Cumhuriyet Başsavcılığı, kurulan partilerin tüzük ve programlarının ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetler, faaliyetlerini takip eder" kuralı, 1995 değişikliğiyle metinden çıkarılmıştır. Böylece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının siyasi partileri denetleme yetkisi sona ermiştir. Siyasal partilerin yurtdışında örgütlenip siyasal etkinliklerde bulunamayacaklarına, kadın ve gençlik kolları ve benzeri kuruluş oluşturamayacaklarına ve vakıf kuramayacaklarına ilişkin, Anayasanın 68. Maddesindeki kural da 1995 değişikliği sırasında kaldırılmıştır. Yine 1995 yılında 68. Madde de yapılan değişiklikle, seçmen yaşı 21'den 18'e indirilmiştir.

Anayasada yapılan bu değişikliklerin kimileri, aradan 5 yıldan fazla bir süre geçmesine karşın, Siyasi Partiler Yasasına yansıtılmamıştır. Siyasi Partiler Yasasında gerekli değişikliklerin yapılarak Anayasaya uygun duruma getirilmesi zorunludur. Siyasi Partiler Yasası, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarıldığından, Anayasanın geçici 15. Maddesi kapsamına girmekte ve yasa kurallarını Anayasaya uygunluk denetimine bağlı tutma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle de Siyasi Partiler Yasasının bir an önce Anayasayla uyumlu duruma getirilmesi ve demokratikleşmeye, Siyasi Partiler Yasasında yapılacak değişikliklerle başlanması gerekmektedir.

Sayın konuklar; Anayasanın 8. Maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, yürütme iki organdan oluşmaktadır. Bunlardan, Anayasanın 101. Maddesinde tarafsız olması gerektiği açıkça belirtilen Cumhurbaşkanı, tarafsız organı; bir ya da birden fazla siyasal partiden oluşan Bakanlar Kurulu ise siyasi organı temsil etmektedir. Cumhurbaşkanının Bakanlar Kurulundan ayrı bir organ olmasına karşın, yürütmeyi oluşturan Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunun, devlet yönetimiyle ilgili kararlarda birbirinden bağımsız işlemler yapma yetkisi yoktur. Bu konuda ortak hareket, işlemlerin hukuksal geçerliliği için zorunluluktur. Ayrıca Anayasanın 104. Maddesinde, Cumhurbaşkanına, Başbakanı atamak ve istifasını kabul etmek, Başbakanın önerisi üzerine bakanları atamak ve görevlerine son vermek, gerekli gördüğü durumlarda Bakanlar Kuruluna başkanlık etmek ya da



Bakanlar Kurulunu başkanlığı altında toplantıya çağırmak görev ve yetkileri verilmiştir.

Bu yetkiler, Cumhurbaşkanının yürütmenin yalnızca bir ögesi olmadığını, aynı zamanda yürütmenin başı da olduğunu göstermektedir. Yürütme yetkisinin yönetimle ilgili bölümünün atamaları da kapsadığı açıktır. Böyle olunca, yürütme görev ve yetkisinin kullanılması bağlamında, atamalarda yürütmeyi oluşturan her iki organın imzasının bulunması hukuksal zorunluluktur. Kuşkusuz kamu görevlilerinin tümünün atanmasının Cumhurbaşkanının onayından geçirilmesi, uygulamada güçlükler neden olur, bunun pratik bir yararı da yoktur. Bu nedenle, önemli olan, devlet düzeni içinde karar verme, verilen kararları uygulama ve denetleme görevlerinde bulunan üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamalarının Cumhurbaşkanının onayına sunulmasıdır. Çünkü devlet politikalarında ve yönetiminde kararlılık vazgeçilmez öğedir. Bu öğelerin sağlıklı işleyebilmesi için de üst düzey kamu görevlilerinin güvenceye kavuşturulması koşuldur. Güvenceli bir atama yöntemi ise, ancak tarafsız Cumhurbaşkanının onayıyla sağlanabilir. Öte yandan Anayasanın 105. Maddesinde, Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer yasalarda, Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı belirtilmiştir. Bu kural uyarınca, ister Bakanlar Kurulu kararnamesi, isterse Başbakan ve ilgili bakan ya da bakanlarca imzalanan kararnameler olsun, bunların tümü Cumhurbaşkanı kararlarıdır.

Anayasanın 8, 104, 105. maddelerine göre, Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışında kalan yürütme kapsamındaki tüm kararlarının hukuksal olarak kazanabilmesi için başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları Bakanlar Kurulu kararnamesiyle, yalnızca Başbakan ve ilgili bakan imzasını taşıyan, adı ne olursa olsun ya da nasıl nitelendirilirse nitelendirilsin, ortak kararnamelerin geçerlilik kazanabilmesi için de Cumhurbaşkanı imzalanması Anayasal zorunluluktur. Nitekim Anayasanın 104. Maddesinin 2 Fıkrasının b bendinde, Cumhurbaşkanı kararnameleri imzalamak görev ve yetkisi verilerek, bu zorunluluk pekiştirilmiştir.

Parlamentar rejimin kabul edildiği Anayasanın 104. Maddesinde, Cumhurbaşkanının devletin başı olduğu belirtilmiştir. Geleneklere dayalı bir

kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter rejimlerde, yürütme organını işlemleriyle ilgili olarak devlet başkanları için karşı imza zorunluluğu temel kural olarak benimsenmiştir. Bunun amacı, devletin önemli işlerinin devlet başkanı ve hükümetin ortak istenciyle yürütülmesinin sağlanmasıdır. Üst düzey yöneticilerinin atanması da bu tür işlerdendir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, parlamenter rejimlerde devletin üst düzey yöneticilerini atama yetkisi, güvenceli bir kamu görevinin gereği olarak devlet başkanına verilmiştir. Bu nedenlerle, yalnızca en üst düzeydeki birkaç kamu görevlisinin değil; karar verme, uygulama ve denetleme yetkisi bulunan tüm üst düzey kamu görevlilerinin atamalarına ilişkin işlemlerin Cumhurbaşkanının imzasına sunulması Anayasal bir zorunluluktur. Cumhurbaşkanını böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren parlamenter hükümet sistemini tüm gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme görev ve yetkisini Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğini belirten Anayasa kuralları karşısında, kimi üst düzey kamu görevlilerinin atamalarında Cumhurbaşkanının imzasına gerek görmemek, Anayasanın açıklanan kurallarıyla bağdaşmaz. Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla üst düzey kamu görevlilerinin güvencesi olma konumunu sürdürmesi bir Anayasal gerekliliktir.

Değerli konuklar; çağdaş bir hukuk düzenine kavuşulabilmesi ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için, Anayasanın kimilerini belirttiğim bu kurallardan arındırılması ve evrensel kuralların Anayasaya kazandırılması gerekmektedir. Türkiye, insan hakları alanında da evrensel normlara uyum sağlamak için, Anayasa ve yasalarında gerekli değişiklikleri yapmak zorundadır. Uygarlık düzeyinin bir göstergesi olarak kabul edilen ve uluslararası alanda büyük gelişme gösteren insan hakları hukuku ve yarıları hukukumuzda yansıtılmalı, uluslararası sözleşmeler karşısında Anayasa ve yasalar yeniden gözden geçirilerek, sözleşmelerde öngörülen evrensel ölçütler hukukumuzda kazandırılmalıdır.

Türkiye'nin çağdaş, demokratik uluslar topluluğu içindeki saygınlığını arttırmak yönünde Anayasamız gözden geçirilip, özgürlükçü, katılımcı, güvenceli, devlet organları arasında görev ve yetkileri dengeleyen, hukuk devleti ilkesini üstün kılacak bir Anayasa oluşturulmasına gereksinim bulunmaktadır. Bu nedenle kurultayınıza tarihi bir sorumluluk düşmekte-

dir. Kurultayın bu sınavdan başarıyla çıkacağına inanıyorum ve hepinizi yeniden saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

## Sunucu

Sayın Cumhurbaşkanım, değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliği tarafından gerçekleştirilen Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayının açılış töreni sona ermiştir. Öğleden sonra kurultay çalışmaları başlayacaktır.

Teşekkür ediyoruz.

## KONFERANSLAR

### I. KONU

"DÜNYADA ANAYASACILIK HAREKETLERİ ve  
YENİ ANAYASALAR"



**Oturum Başkanı:**

**Mustafa Bumin (Anayasa Mahkemesi Başkanı)**

**Konuşmacılar**

**Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado (État Paulista Üniversitesi - UNESP Brezilya)**

**Prof. Dr. Ergun Özbudun (Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi)**

**Prof. Dr. Klaus Stern (Institut Für Rundfunkrecht An Der Universität Zu Köln)**

## Av.Eralp Özgen

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Öğleden sonraki Oturumu yönetmek üzere Anayasa Mahkememizin Başkanı Sayın Mustafa Bumin'i kürsüye davet ediyorum.

## Mustafa Bumin

Oturum Başkanı (Anayasa Mahkemesi Başkanı)

Yüksek Mahkemenin değerli Başkan ve üyeleri, değerli yargıçlar, Barolar Birliğinin Başkanı, Yönetim Kurulu üyeleri, sayın avukatlar ve bu aktiviteye katılan tüm katılımcılar; hepinize "hoş geldiniz" diyor, saygılarımı sunuyorum.

Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayının ilk Oturumunda konuşmacı olarak Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado, Prof. Dr. Ergun Özbudun, Prof. Dr. Klaus Stern katılacaklar. Kendilerini kürsüye davet ediyorum.

Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayının 1982 Anayasasıyla ilgili olarak yıllardır kamuoyunda tartışılan, pek çok vesileyle dile getirilen, başta Cumhurbaşkanları olmak üzere, adli yıl açılışlarında yargının başkanları tarafından ve yine Barolar Birliği Başkanı tarafından, İdari ya da Askeri Yüksek İdare Mahkemelerinin kuruluş günlerinde onların başkanları tarafından dile getirilen ve başta hukuk devleti ilkelerine ters olan ya da uyumsuzluğu saptanan, zaman içerisinde değiştirilmesinin çok lüzumlu ve gerekli olduğu söylenen pek çok konuyu umuyorum bu 5 günlük süreç içerisinde konuşmacılar anlatacaklar ve gerekli teması ve eleştiriyi sağlayacaklar. Bütün bu konuşmaların, sabah başta Sayın Cumhurbaşkanımız olmak üzere, Barolar Birliği Başkanı ve Adalet Bakanı tarafından değinildiği gibi, sonuçta Avrupa Birliğine giriş süreci içerisinde çok olumlu katkıları olacağından hiç kuşku yoktur.

Bilindiği gibi, 1982 Anayasası için iki görüş ağırlık kazanmaktadır. Bunlardan birincisi, Sayın Barolar Birliği Başkanının da ifade ettiği gibi, 1982 Anayasasının tümünün değiştirilmesi gerekliliği olduğu yolundaki görüş. İkincisi ise, kimi maddelerinin değiştirilmesi suretiyle bir iyileştirme yapılabileceği ve işlerlik kazandırılabilmesi konusundaki görüş. Her iki görüşün de kendisine göre kabulü ve saygınlığı söz konusu. Bir başka boyutu, Türkiye artık yalnız iç hukukunu değil, dünya ile, özellikle her zaman söylendiği gibi Avrupa Birliği süreci içerisinde bütünleşme sorunu ve zorunluluğu gereği, müşterek değerleri gözetmek ve iç mevzuatını başta Anayasa olmak üzere uyumlu hale getirmek durumundadır. Sanıyorum yabancı konuşmacı olarak buralara gelip bizlere bildiri sunmak nezaketini, lütfunu gösteren konuşmacılar, bu konuya daha çok değineceklerdir.

Ben, izin verirseniz, ilk konuşmacı olarak bana verilen sıraya göre Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado hakkında bir özgeçmiş sunmak istiyorum; sonra kendilerine konuşmak için söz vereceğim:

Paulo Affonso Leme Machado, Compinas Katolik Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra 1978 yılında Robert Schuman Üniversitesinde çevre hukuku yüksek lisansı yaptı, fahri doktora unvanını aldı ve Brezilya'da avukat olarak çalıştı. 1980 yılından itibaren Julio de Mesquita Filho Üniversitesinde profesör olarak ve 1986 yılından bugüne kadar da Limoge Üniversitesinde konuk hoca sıfatıyla ders vermektedir. 1976-1983 yılları arasında Prancibaba Üniversitesinde idare hukuku hocalığı görevinde bulundu. 1984 yılında Kenya'da Birleşmiş Milletlerde, 1997'de Mozambik'te ve 1998-1999 yıllarında da Arjantin Cumhuriyetinde danışmanlık görevlerinde bulundu. Çevre hukuku alanında 2000 yılında basımı yapılan 971 sayfalık çalışması vardır. Ayrıca Brezilya'da da 408, yurtdışında 20 farklı üniversitede yaklaşık olarak 118 konferansa katıldı. Yine Brezilya'da 69'dan fazla, yurtdışında da 17 makalesi yayımlandı. 1985 yılında uluslararası çevre hukuku alanında Elizabeth Hub Ödülüne layık görülen Prof. Leme Machado, bu ödülü Brüksel Üniversitesi Çevre Hukuku Konseyi tarafından aldı.

Prof. Machado'ya konuşmalarını yapmak üzere sözü veriyorum.

## Paulo Alfonso Leme Machado

Paulista-UNESP Devlet Üniversitesi Profesörü  
Rio Claro Kampüsü - Brezilya

### ANAYASACILIK HAREKETLERİ

Son otuz yıldır, birçok Latin Amerika ülkesinin siyasal anayasasında büyük değişiklikler gerçekleşti.

Bu kıtada 286.751.000 kişi oturmaktadır (1). Anayasal değişiklikleri inceleyeceğimiz dört ülkenin toplam 214.295.000 nüfusu vardır. Brezilya, anayasasını 1988'de, Kolombiya 1991'de, Paraguay 1992'de yaptı. 1853 tarihli Arjantin Anayasası ise, 1994'te önemli bir değişikliğe uğradı.

Anayasal metinlerde ele alınan konuların çok çeşitli olması karşısında, incelemek için dokuz konu belirledim: yaşam hakkı ve sağlıklı yaşam hakkı; bireysel bir hak olarak eğitim hakkından, toplumsal eğitime; yurttaşlığın temeli olarak bilgi edinme hakkı; bilgi almada temel öğe olarak haberleşme hürriyeti; mülkiyet hakkı, mülkiyetin toplumsal işlevi ve mülkiyetin çevreye ilişkin işlevi; hak arama hürriyeti; bağımsız, bireysel ve ortak çıkara hasredilmiş Devlet Bakanlığı; adalet ve anayasa; uluslararası ilişkiler.

#### 1. Yaşam Hakkı ve Sağlıklı Yaşam Hakkı

Yaşam hakkının ihlal edilemeyeceği kuralı, 1946 tarihli Brezilya Anayasası'na 141. madde ile girmiştir ve yürürlükteki 1988 Anayasası'nın 5. maddesinde varlığını sürdürmektedir. Kolombiya Anayasası, aynı kuralı 11. maddesinde düzenlemiştir.

Paraguay Anayasası "Yaşam hakkı insanın kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Yaşam hakkı ceninin anayasalık rahmine düşmesinden itibaren korunmaktadır" (m. 4) demektedir.

(1) Dictionnaire Universel de Poche. Hachette. 1993.

Bu temel ilkenin anayasaya girişi, otoriter hükümetlerin anayasal yaşam hakkına saldırılarına engel olmadı. Bununla birlikte, bu ilkenin varlığı bile, demokrasiye dönüş hareketleri için ulaşılacak bir hedef teşkil etti.

Yeni anayasaların yapılmasının itici gücü olan hareketler, yalnızca yaşam hakkının savunulması amacı üzerinde durmakla kalmadı, sağlıklı yaşam hakkının ilanını da savundu.

Bu, çevrenin iyi kullanılmasına bağlı yeni bir haktır, yani, saf su, temiz hava, böcek ilaçları ile zehirlenmemiş toprak, korunmuş direy (2) ve bitye demektir.

Brezilya Anayasası, "Herkes, ekolojik bakımdan dengeli, halkın ortak kullanımına uygun koşullarda ve sağlıklı yaşam hakkına temel oluşturan bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" (m. 225) demektedir. Kolombiya Anayasası, "Herkesin sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı vardır" (m. 79) biçiminde bir düzenleme getirmektedir. Arjantin Anayasasında gerçekleştirilen değişiklik aynı yönde bir düzenleme yapmıştır: "Bütün insanların sağlıklı, dengeli, insanın gelişimine uygun bir çevreye sahip olma hakkı vardır ..." (m. 41).

Şili (1980) ve Ekvator (1983), kirlilikten uzak bir çevrede yaşama hakkı kavramını sokmak için anayasalarında değişiklik yaptı.

Halkın sağlığını anayasal güvence altına almaya yönelik yeni eğilimler, Arjantin (m. 41) ve Kolombiya'yı (m. 81), kendi ulusal topraklarına tehlikeli ve radyoaktif atıkların sokulmasını yasaklamaya yöneltmiştir.

## **2. Bireysel Hak Olarak Eğitim Hakkından, Toplumsal Eğitim Hakkına**

"Eğitim herkesin hakkıdır, devletin ve ailenin ödevidir; kişinin tam olarak gelişmesi, egemenliğin kullanılması için hazırlanması ve çalışma yaşamı için nitelik kazanması hedeflenerek eğitim, toplumla bağlantılı olarak desteklenmiş ve teşvik edilmiştir" (Brezilya Anayasası, m. 205).

---

(2) Belli bir bölgede yaşayan hayvanların tümü anlamına gelir. (Ç.N.)



"Eğitim, Kolombiya yurttaşını, insan haklarına, barışa ve demokrasiye, çalışma hayatına ve boş zamana saygı çerçevesinde, kültürel, bilimsel, teknolojik gelişim ile çevrenin korunmasını sağlamak için yetiştirmek ereğine sahiptir." (Kolombiya Anayasası, m. 67). Paraguay Anayasası'nın 73. maddesi de aynı yönde düzenleme getirmiştir.

Brezilya Anayasası'nda, eski anayasalarda değişiklik yapma yoluyla birkaç yıl önce anayasaya sokulmuş ve uygulamada başarılı da olmuş bir bt tahmini vardır: btde eğitime ayrılacak payın önceden belirlenmesi. "Birlik, her yıl, vergi gelirlerinin en az % 18'ini eğitim harcamalarına tahsis eder; Eyaletler, Federal ilçe ve belediyeler, gelirlerinin en az % 25'ini, Birlikten aktarılan gelirler de dahil olmak üzere, eğitime ayırır" (m. 212).

Güney Amerika anayasaları, anlamı belirsiz olan haklar konusunda eğitim aracılığı ile uğraşacaklardır: Brezilya (m. 225, ?1, VI) ve Arjantin Anayasaları (1994 anayasa değişikliği, m. 41) kamu erkini, evre eğitimini uygulamaya zorlamaktadır. Paraguay Anayasası, ulusal kalkınmanın aktörleri olma yeteneğini kazandırmak için, tarımsal reformun temellerinden biri olarak görülen çiftçinin ve ailesinin eğitimine işaret etmektedir.

### 3. Yurttaşlığın Anahtarı Olarak Bilgi Edinme Hakkı

Bilginin reddedilmesi, yurttaşların ülkelerinin siyasal yaşamına katılması doğrultusundaki bütün kapıları kapatır. Neyse ki, modern Güney Amerika Anayasaları, halkın bilgi edinmesini sağlamanın önemini anladılar!

"Herkes, kamu kurumlarından, kendisi ile ilgili ya da kollektif veya genel yararı ilgilendiren bilgiler alma hakkına sahiptir; bu bilgiler yasada belirlenmiş süreler (3) içinde iletilir, uymayanlar cezalandırılır. Gizli kalması toplumun ve devletin güvenliği için gerekli olan bilgiler bu duruma istisna oluşturur" (m. 5, XXXIII Brezilya Anayasası).

(3) 18 Mayıs 1995 tarihli, 9051 no'lu yasa, ertelenme olanağı olmaksızın, 15 günlük süre ngrmştir.

Paraguay Anayasası, "Kişilere gerçek, sorumluluk yükleyen ve adil bir biçimde bilgi alma hakkı tanınmıştır. Kamusal bilgi kaynakları herkese açıktır" (m. 28) demektedir.

Bilgi alma hakkının yanında, yurttaşlar tarafından herhangi bir istem olmadan bilgilendirme ödevi de vardır. Bu nedenle Brezilya Anayasası, yönetimin doğrudan ya da dolaylı kararlarını yayınlama zorunluluğunu öngörmüştür (m. 37), ayrıca kirlilik ve doğada yapılan tahribatın boyutuna dair değerlendirmenin gizli kalmasını önleyerek, çevre üzerinde yapılan etki konusunda hazırlanan ön çalışmanın yayınlanmasını düzenlemiştir.

#### 4. Bilgi Edinmenin Temel Ögesi Olarak Haberleşme Özgürlüğü

Arjantin Anayasası, "ulusun bütün sakinleri yasalara uygun olarak -düşüncelerini basın yoluyla önceden sansür edilmeksizin yayınlama hakkına sahiptir" (m. 14) demektedir. Anayasada düzenlenen kurallar, Federal meclisin basın özgürlüğünü engelleyecek yasalar çıkarmasına izin vermez (m. 32).

Kolombiya'da, gazetecinin özgürlüğü ve bağımsızlığı garanti altına alınmıştır (m. 73). Yasaya göre devlet, elektromanyetik iletişim araçlarının kullanımında tekeli önlemek için müdahale etmek zorundadır (m. 75). Kamu hizmetleri, yönetsel, teknik ve malvarlığına ilişkin özerkliği olan, kamu hukukuna tabi bir kuruluş tarafından sağlanacaktır (m. 76).

Paraguay'da, Anayasa, gazetecinin hareket özgürlüğünü teminat altına alarak, gazetecinin ne vicdanına aykırı hareket etmek ne de haber kaynaklarını açıklamak zorunda olmadığını kesin olarak söylemektedir. Gazete yönetimi habere katılmadığını yazarak, kendi sorumluluğunu önleyebilecektir (m. 29).

Brezilya Anayasası, hiçbir yasanın, hangi toplumsal haberleşme aracı kullanılırsa kullanılsın, gazetecilikle ilgili haber alma özgürlüğünü engelleyecek bir düzenleme içermeyeceğini özellikle belirtmektedir (m. 220/3).

Brezilya'da basın özgürlüğüne yönelik hareketlerin eski olduğunu hatırlamak gerekir. İmparatorluk ve Cumhuriyet dönemlerinde yurttaşlar, basında sansür konusunda, yönetimin faaliyetlerindeki karanlık dönemleri

yaşadı. 1964 ile 1985 arası dönemde, gazetelerde sansüre uğramış bölümleri saptamak kolaydır, çünkü, bu bölümlerde gazeteciler pasta tarifleri yayınlıyorlardı.

Brezilya Anayasası, Birliğin, eyaletlerin, Federal ilçenin ve belediyelerin, kitaplar, gazeteler, süreli yayınlar ve bunların basımında kullanılacak kağıtlar üzerinde vergi uygulamasını yasaklıyor (m. 150, VI "d").

I- Kamusal nitelikte eğlence ve gösteriler düzenlemek; II- Kişiyi ve aileye, 221. maddedeki düzenlemelere aykırı radyo ve televizyon yayınları karşısında kendini savunmayı güvence altına alan yasal araçlar sağlama yetkisi, federal yasaya aittir.

Tütün, alkollü içecekler, haşarat ilaçları, ilaç ve tedavi yöntemlerinin ticari reklamı, 3. paragraftaki düzenlemeler uyarınca yasal sınırlamalara tabidir.

Radyo ve televizyon hizmetlerine ilişkin imtiyaz, izin ve yetkiler yürütme erki tarafından verilecek ve yenilenecektir (m. 223). Ulusal Meclisin, bu işlemler üzerinde takdir yetkisi vardır (ayrıcılık ya da iznin yenilenmemesi açık oyla onanmasına bağlıdır).

## **5. Mülkiyet Hakkı, Mülkiyetin Toplumsal İşlevi ve Mülkiyetin Çevreye İlişkin İşlevi**

Üç yeni Anayasa, Brezilya (m. 5, XXII ve XXXIII), Kolombiya (m. 58) ve Paraguay (m. 109) Anayasaları, mülkiyetin toplumsal işlevini yerine getirmesi koşuluyla, özel mülkiyeti güvence altına almaktadır.

Kentsel mülkiyet ancak, nazım planda ifade edilen, kent düzenlemesinin temel gereksinimlerine cevap verdiği zaman toplumsal işlevini yerine getirir (m. 182/2). "Toplumsal işlev, tarımsal mülkiyet koşulları ve dereceleri yasada belirlenmiş şu koşulları eşzamanlı olarak yerine getirdiği zaman sağlanır: rasyonel ve eksiksiz değerlendirme, kullanılabilir doğal kaynaklardan tam olarak yararlanılması ve çevrenin korunması, çalışma ilişkilerini düzenleyen kurallara saygı; mülkiyet sahiplerinin ve çalışanların refahını gözeten işletme (Brezilya Anayasası, m. 182 ve m. 186).

Brezilya'da, mülkiyetin toplumsal ya da kolektif yarara karşı kullanılmayacağı düşüncesi 1934 Anayasası'ndan kalmadır. Bu düşünce, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından özel plajların engellenmesi için kullanılmıştır (4).

Kolombiya Anayasası, "mülkiyet, ödevler içeren bir toplumsal işlemdir. Bu ödevlerden biri, mülkiyetin çevreye ilişkin olan işlevidir" (m. 58) demektedir.

## 6. Hak Arama Hürriyeti

İncelenen anayasalar, hak arama hakkına ilişkin düzenlemeleri çok fazla değiştirmişlerdir.

Kolombiya Anayasası'nın 88. maddesi uyarınca yasa, kamu malı, kamusal alan, güvenlik ve kamu sağlığı, yönetim ahlakı, çevre, ekonomide serbest rekabet ve benzer nitelikteki diğer noktalara ilişkin olarak, hakların korunması ve ortak çıkarların sağlanması için halk eylemleri yapılabilmesini düzenler.

Paraguay, Anayasada tanınmış haklara yönelik saldırıları önlemek için, "amparo" yöntemini kullanma hakkı tanıdı. Bu işlem kısa ve parasız olacaktır (m. 135).

Arjantin Anayasası, herkesin, Anayasanın tanıdığı hakları ve güvenceleri, yasadışı ya da keyfi biçimde tehdit etmekte olan kamusal ya da özel erklerin eylemlerine ya da yerine getirmediği işlemlere karşı "amparo" işlemine başvurabileceklerini öngörür. Yargıç da, yönetsel işlemin dayanağını oluşturan kuralın anayasaya aykırılığını ilan edebilir.

"Amparo" işlemi, yasaya uygun olarak düzenlenmiş, çevrenin, rekabetin, kullanıcıların ve tüketicilerin ve de kolektif hakların, ezilenin, halkın savunucularının ve derneklerin haklarını korumak için kullanılabilir (Anayasanın 43. maddesi).

---

(4) Olağanüstü başvuru no: 94.253 - Praia Vila Formosa Ltda versus Prefeitura Municipal de Ubatuba. Rapp. ministre Oscar Correa. Karar tarihi: 12.11.1982.

Brezilya'da, her yurttaş, devletin bizi katıldığı kamusal malvarlığına, yönetim ahlakına, çevreye ya da tarihsel veya kültürel malvarlığına zarar veren bir işlemi iptal ettirmek için halk hareketi başlatabilir.

Devlet Bakanlığı'nın kurumsal işlevleri şunlardır: "hukuk soruşturması düzenlemek, kamusal ve toplumsal malvarlığının, çevrenin ve diğer yaygın ve kolektif çıkarların korunması için kamusal nitelikte hukuk kovuşturması gerçekleştirmek" (Anayasa madde: 129, bölüm III).

Altını çizmek gerekir ki, yaygın ve kolektif çıkarların korunması için, derneklerin ve Devlet Bakanlığı'nın mahkemelere başvuru olanağının tanınması, 20. yüzyıl boyunca usulde çok büyük bir değişim yaratmıştır.

## 7. Bağımsız, Yaygın ve Kolektif Çıkara Hasredilmiş Devlet Bakanlığı

Yeni Güney Amerika anayasaları, yeni bir Devlet Bakanlığı kurdular. Bu kurum hareket serbestisini yürütme erkinden alır ve eski, "Kralın vekili" olma konumunu terk eder.

Kolombiya'da, Devlet Bakanlığı'nın, Anayasanın 118. maddesine göre, "insan haklarını koruma ve geliştirme, kamu yararının korunması" ve kamu görevlerini ifa eden kişilerin resmi davranışının "gözetlenmesi" görevleri vardır.

Arjantin'de, yasallığın ve toplumun genel çıkarlarının korunmasında, adaleti sağlama görevini gerçekleştirme işlevine sahip olan Devlet Bakanlığı, işlevsel ve akçalı özerkliği olan bağımsız bir kuruluştur. Üyelerinin, görevleri açısından cezai sorumsuzlukları vardır ve işlemleri bozulamaz niteliktedir (m. 120).

Paraguay ve Brezilya, devletin korunması görevi ile yasallığın korunması görevini birbirinden ayırmıştır.

Paraguay'da, Anayasa, "Procuraduria General de la Republica"yı (Cumhuriyet Başsavcılığı) ve Devlet Bakanlığı'nı kurdu. "Procuraduria General de la Republica"nın Cumhuriyetin malvarlığının çıkarlarını temsil etme, koruma ve kamu yönetimine hukuksal görüş verme görevleri vardır (m.

246). Devlet Bakanlığı'nın ödevleri arasında, haklara ve anayasal güvencelere olan saygıyı koruma görevi vardır (m. 268).

Brezilya'da Devlet Bakanlığı, sürekli nitelikte ve devletin yargısal görevine temel oluşturan bir kurumdur; hukuki düzeni, demokratik rejimi ve dokunulmaz nitelikteki toplumsal ve bireysel yararları korumak görevleri bu kuruma aittir. Devlet Bakanlığı'nın üyeleri şu güvencelere sahiptir: görevleri ömür boyudur (yetmiş yaşına kadar); -kamu yararının gerektirdiği nedenlerle ve Devlet Bakanlığı'nın yetkili, kurul niteliğindeki organının üyelerinin üçte ikisinin oyu ile alınmış kararı üzerine -azil durumu hariç olmak üzere- azledilemezlik ve işlemlerinin ortadan kaldırılamazlığı (m. 127 ve m. 128).

## 8. Adalet ve Anayasa

Anayasal sorunlar üzerinde karar vermekle görevli mahkemelerin düzenlenmesi, incelenen ülkelerde farklılık göstermektedir.

Kolombiya'da, bir Anayasa Mahkemesi ve bir Yüksek Adalet Mahkemesi vardır (m. 239 ve m. 234).

Arjantin, Brezilya ve Paraguay'da, Yüksek Mahkeme aynı zamanda anayasal sorunlar konusunda da yetkilidir.

Kolombiya'da, Anayasa Mahkemesi'nde yer alacak kişilerin seçimi, Senato tarafından sekiz yıl için yapılmaktadır ve yeniden seçilme olanağı yoktur. Yargıçlar, Cumhurbaşkanı, Yüksek Adalet Mahkemesi ve Danıştay tarafından hazırlanan üçlü liste yoluyla saptanmaktadır (m. 239). Anayasa Mahkemesi'ne, bir önceki yıl yürütme organında bakanlık, Yüksek Adalet Mahkemesi'nde ya da Danıştay'da yargıçlık görevleri yapmış olan kişilerin atanamayacağına altını çizmek ilginç olacaktır (m. 240).

Paraguay'da, Yüksek Adalet Mahkemesi için isimler Senato tarafından yürütme organı ile işbirliği içinde belirlenmektedir. Yargıçların isimlerini belirleyen Hakimler ve Savcılar Kurulu'dur. Yargıçlar, Yüksek Adalet Mahkemesi'ndeki görevlerini yetmiş beş yaşlarına kadar sürdürebilirler (m. 261 ve m. 264). Yüksek Adalet Mahkemesi'nde, anayasa ile ilgili konularda uzmanlaşmış bir daire vardır.

Brezilya'da ve Arjantin'de, anayasa ile ilgili sorunlarda da yetkili olan Yüksek Mahkeme yargıçlarını, Senato ile uzlaşarak belirleme yetkisi Cumhurbaşkanlarına aittir. Yüksek Mahkeme yargıçlarının belirlenmesi için Brezilya'da, Senato'daki oyların toplamının nitelikli çoğunluğu gerekmektedir (m. 101). Arjantin'de ise, Senato'da mevcut üyelerin üçte iki oranındaki oyu gerekmektedir (m. 99/4).

İki anayasa – Kolombiya (m. 241) ve Brezilya (m. 102) Anayasaları- Yüksek Mahkeme'nin Anayasanın bekçisi olduğunu görkemli bir biçimde ifade etmektedir. Benim düşünceme göre, Senato ile işbirliği içinde de olsa, mahkeme yargıçlarının doğrudan yürütme organının başı tarafından, keyfine göre atanmasına olanak veren bir sistem, övgüleri hak etmez. Bağımsızlık ve tarafsızlığın gerçek koşullarını sağlamak için yargıçların atamasına katılan kurumların sayısını artırmak gerekir.

## 9. Uluslararası İlişkiler

Arjantin, Anayasasında çok sayıda uluslararası sözleşmeyi benimsemiş (m. 75.22), 1994 anayasa değişikliği, Amerikan İnsan Hak ve Ödevleri Beyannamesi, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve bu sözleşmenin isteğe bağlı protokolü arasında "anayasal hiyerarşiyi" düzenlemiştir.

Brezilya (m. 4) ve Paraguay (m. 143) Anayasaları, bu ülkelerin uluslararası ilişkilerinde, ulusal bağımsızlık, halkların kendi kaderini tayin hakkı, müdahale etmeme, devletler arasında eşitlik ve insan haklarının korunması ve önceliği ilkelerine uyacaklarını açıkça söylemektedir.

Brezilya (m. 4) ve Kolombiya (m. 227), Latin Amerikalı uluslar topluluğu oluşturmak amacıyla, Latin Amerika halklarının, ekonomik, siyasal, sosyal ve kültürel bütünleşmesini gerçekleştirme isteklerini anayasalarında çok net bir biçimde dile getirmiştir.

Çeviren : Ayşen UYSAL  
Paris I- Panthéon-Sorbonne Üniversitesi

Sayın Machado'ya, açıklamalarından ötürü teşekkür ediyorum.

Gündemimize göre konuşma sırası, Prof. Dr. Sayın Ergun Özbudun'da. Sayın Ergun Özbudun'un özgeçmişini kısaca arz ediyorum: 1937 yılında Ankara'da doğdu. Lisans ve doktora eğitimini Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamladı. 1967'de doçent, 1975'te profesör oldu; 1994 yılına kadar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Anayasa Hukuku Profesörlüğünü sürdürdü. O tarihten itibaren Bilkent Üniversitesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümünde Profesör olarak görev yapmaktadır. Türk Anayasa Hukuku ve Türkiye'nin siyasi rejimi konusunda Türkçe ve İngilizce çok sayıda yayını vardır. 1990 yılından itibaren Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Venedik Komisyonu Üyesidir.

Buyurun Sayın Özbudun.

### **Prof. Dr. Ergun Özbudun**

Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi

### **DÜNYADA ANAYASACILIK HAREKETLERİ VE TÜRKİYE**

Anayasacılık hareketleri ile demokratikleşme akımları arasında yakın bir ilişki vardır. Ünlü Amerikalı siyasal bilimci Samuel Huntington, demokratikleşmenin üç dalgasını ayırdetmektedir. Birinci ve uzun dalga, ondokuzuncu yüzyıl başlarında başlamış ve 1920'lere kadar devam etmiştir. Bu dönemde oy hakkı tedricen genişletilerek genel oy ilkesine ulaşılmış, yargının bağımsızlığı sağlanmış ve parlamenter sistemi benimseyen ülkelerde hükümetin seçilmiş parlamentoya karşı siyasal sorumluluğu ilkesi yerleşmiştir. Birinci demokratikleşme dalgasını, 1920-1945 arasında kendisini gösteren bir ters dalga izlemiştir. Bu ters dalgada Avrupa'nın pek çok ülkesinde demokratik rejimler, yerlerini Komünist, Faşist ve Nasyonal Sosyalist totaliter diktatörlüklere ve diğer çeşitli otoriter rejimlere terket-



mişlerdir. Bu dönemde dünyadaki demokratik devletlerin sayısı bir ara 12'ye kadar düşmüştür. İkinci dünya savaşının demokratik ülkelerin zaferiyle sonuçlanmasını takiben ikinci demokratikleşme dalgası başlamıştır. Savaş sonrasında Federal Almanya, İtalya, Fransa ve Avusturya'da demokratik rejimler kurulmuş, ayrıca sömürgecilik çağının sona ermesiyle birlikte bağımsızlıklarına kavuşan Asya ve Afrika ülkelerinin çoğu, eski sömürgeci devletlerin anayasalarından esinlenen demokratik anayasalar kabul etmişlerdir. Türkiye de demokratikleşmenin ikinci dalgası sırasında demokrasiye geçen ülkeler arasındadır. Ancak bu ikinci dalga uzun sürmemiş, 1960'lerden itibaren özellikle Asya, Afrika ve Latin Amerika'da birçok ülkede demokratik rejimler yıkılarak, yerlerini askeri yönetimler, tek-parti rejimleri, kişisel diktatörlükler gibi çeşitli türde otoriter rejimlere bırakmışlardır.

Demokratikleşmenin üçüncü dalgasının başlangıç tarihi olarak genellikle, Salazar diktatörlüğünü yıkarak demokratik bir rejim kuran 1974 Portekiz "karanfil devrimi" kabul edilmektedir. Portekiz'deki demokratik değişimi İspanya ve Yunanistan'da benzer değişimler izlemiştir. 1989'dan itibaren Sovyet Bloku'nun çökmeye başlamasıyla birlikte, bu Blok'a dahil Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde ve nihayet Rusya'nın kendisinde komünist diktatörlüklerin yerini demokratik rejimler almıştır. Geçtiğimiz yıl içinde Yugoslavya'da Miloseviç diktatörlüğünün seçimle sona ermesinin ardından, bugün Avrupa Kıtasında demokratik olmayan bir ülke kalmamıştır. Üçüncü demokratikleşme dalgası sadece Avrupa'yla sınırlı kalmamış, aynı zamanda Latin Amerika Kıtasının hemen hemen tümünü, Doğu Asya'da önemli ülkeleri ( Güney Kore, Tayvan, Bangladeş, Endonezya ) ve Siyah Afrika'nın bir bölümünü ( en önemli örnek Güney Afrika olmak üzere ) etkilemiştir. Üçüncü dalganın dışında kalmış olan tek bellibaşlı bölge, içinde bulunduğumuz Orta Doğu bölgesidir. Halen dünya devletlerinin 120'sinin ( yüzde 63 ) demokratik rejime sahip olduğu kabul edilmektedir. Ancak bunların hepsinin pekişmiş ( konsolide olmuş ) ve gerçek anlamda hürriyetçi demokrasiler olduğu söylenemez. Esefle kaydetmek gerekir ki, A.B.D.'deki "Hürriyetler Evi"nin ( Freedom House) yıllık değerlendirmelerine göre Türkiye, liberal ( hürriyetçi), hatta yarı-liberal demokrasiler arasında değil, liberal olmayan demokrasiler arasında yer almaktadır.

Demokratikleşmenin her üç dalgasına, bir anayasacılık ya da anayasallaşma hareketi tekabül etmiştir. Ben burada, üçüncü dalganın birlikte getirdiği anayasacılık hareketleri, özellikle Türkiye'yi en yakından ilgilendirmesi açısından bu hareketin Avrupa'daki görünümü üzerinde duracağım.

Üçüncü dalga Avrupa anayasacılık hareketlerinin en dikkat çekici özelliği, anayasa yargısının çok geniş ölçüde kabul edilmiş olmasıdır. Bir Fransız yazarın belirttiği üzere bir zamanlar tıpkı Broadway müzikalleri ve Western filimleri gibi A.B.D.'ne özgü bir özellik sayılan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, bugün Avrupa kıtasının büyük bölümüne yayılmış durumdadır. İki Dünya Savaşı arasındaki dönemde Çekoslovakya, Avusturya ve kısa ömürlü talihsiz İspanya Cumhuriyetinde anayasa mahkemeleri kurulmuş olmakla birlikte, Faşizmin hızlı yükselişi nedeniyle bu deneyimler kısa zamanda sona ermiştir. İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan demokratik anayasalarda anayasa yargısı, Federal Almanya, İtalya ve Avusturya tarafından benimsenmiştir. Fransa, Beşinci Cumhuriyet Anayasası ile Anayasa Konseyi'ni kurmuştur. Fransız sistemi başlangıçta bir yargısal denetimden çok, siyasal denetimi andırmakla birlikte, daha sonra yapılan anayasa değişikliğiyle gerçek anlamda bir anayasa yargısı olmaya yaklaşmıştır. Bu dönemde anayasa mahkemeleri Polonya ve Yugoslavya gibi bazı komünist ülkelerde de kurulmuş olmakla birlikte, bu ülkelerdeki genel hukuk sisteminin batı demokrasilerindekinden kökten farklı olması nedeniyle, sözü geçen mahkemeler batı demokrasilerindeki benzerlerinin fonksiyonlarını yerine getirmekten uzak kalmışlardır.

Bilindiği gibi, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde iki bellibaşlı sistem vardır. A.B.D.'nden kaynaklanan birinci sisteme, yaygın veya merkezileşmemiş denetim adı verilmektedir. Bu sistemde bütün mahkemeler, görmekte oldukları davalara ilişkin olarak anayasaya uygunluk denetimi yapmaya yetkilidir. Dolayısıyla denetim, somut norm denetimi biçiminde gerçekleşmektedir. Kararların etkisi, kural olarak, somut olayla sınırlıdır ( inter partes ). Diğer bir deyimle, anayasaya aykırılığı saptanmış olan kanun, iptal edilmiş olmaz; sadece görülmekte olan da-

vanın ilişkin olduğu olayda uygulanmaz. Ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen'in hukuk normları hiyerarşisi teorisinden esinlenen ikinci sisteme ise, merkezileşmiş denetim adı verilmektedir. Bu sistemde anayasaya uygunluk denetimi, bu görevi yerine getirmek üzere kurulmuş özel bir mahkeme niteliğindeki anayasa mahkemesinin tekelindedir. Denetim, kural olarak, soyut norm denetimi biçiminde gerçekleşir. Denetim sonucunda kanunun anayasaya aykırılığı saptanmışsa, kanun iptal edilir. Anayasa mahkemesi kararları, kesin ve herkes için geçerli ( erga omnes ) niteliktedir. Kuşkusuz, bu iki ana sistemi çeşitli şekillerde birleştiren karma sistemler de vardır.

Demokratikleşmenin üçüncü dalgasında demokrasiye geçen Avrupa ülkelerinin hepsi, merkezileşmemiş denetimi tercih eden Yunanistan bir yana bırakılırsa, merkezileşmiş denetim sistemini benimsemiştir. Bu ülkelere üç Kafkasya ülkesi, Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan da dahildir. Anayasa mahkemesi modelinin yaygınlaşmasında Avrupa Konseyinin ve özellikle Konseyin "Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu"nun ( Venedik Komisyonu ) büyük rolü olmuştur. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminin kabulü, özellikle, kuvvetler birliğine dayanan ve yargı bağımsızlığına yer vermeyen eski komünist ülkeler bakımından, son derece radikal bir hukuk reformu oluşturmuştur. Denilebilir ki, bugün anayasa yargısı ve merkezileşmiş denetim, Avrupa ortak anayasa hukukunun en önemli unsurlarından biri haline gelmiştir.

Merkezileşmiş denetimi kabul eden ülkeler arasında denetimin zamanı, türü, denetimi harekete geçirebilecekler, denetlenen normlar, ölçü normlar, anayasa mahkemesi kararlarının etkisi gibi konularda ayrımlar yapılabilir. Denetim zamanı açısından, kanunların isdar edilmesinden önce yapılan ( a priori ) denetimle, isdar edilmesinden sonra yapılan ( a posteriori ) denetim ayrırdelebilir. Fransa, sadece önceden denetime yer veren tek Avrupa ülkesidir. Fakat bu iki tür denetimi birleştiren Macaristan, Polonya, Portekiz, Romanya ve İspanya gibi Avrupa ülkeleri de vardır.

Merkezileşmiş denetimi benimseyen Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunda soyut ve somut norm denetimi birlikte uygulanmaktadır. Türkiye

de bu ülkelere dahildir. Fransa, sadece soyut norm denetimine yer veren tek Avrupa ülkesidir.

Söz konusu ülkelerin önemli bir bölümünde anayasa şikayeti, yani idari veya yargısal bir karar sonucunda bir anayasal hakkının ihlal edildiği kanısında olan bir vatandaşın, anayasaya uygunluk denetimini harekete geçirebilmesi usulü kabul edilmiştir. Anayasa şikayetini benimseyen ülkeler arasında Almanya, Avusturya, İspanya, Portekiz, Polonya, Macaristan, Çek Cumhuriyeti ve Slovakya sayılabilir. Bilindiği gibi anayasa şikayeti Türkiye’de kabul edilmemiştir. Bir anayasa reformu sürecinde bu konunun da ele alınmasında yarar olacaktır.

Anayasaya uygunluk denetiminin kapsamına, kural olarak, bütün kanunlar ve anayasada belirtilen diğer hukuki işlemler ( mesela Türkiye’de yasama meclisi içtüzükleri ve kanun hükmünde kararname ) girer. Bazı kanunlara ilişkin olarak denetim yasağı konulması, anayasa yargısının etkinliğini azaltır. T.C. Anayasasının geçici 15’inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince Milli Güvenlik Konseyi rejimi döneminde çıkarılan kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenememesi, bunun çarpıcı bir örneğidir. Hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ilkeleriyle bağdaşmayan bu hükmün, en kısa zamanda Anayasamızdan çıkarılması gerekir.

Gelişen ortak Avrupa anayasa hukukunun, anayasa yargısını da yakından ilgilendiren diğer bir dikkat çekici özelliği, bir çok yeni anayasada milletlerarası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğünü tanıyan hükümlere yer verilmesidir. Bunun sonucu olarak milletlerarası hukukun genel ilkeleri ve ilgili ülkenin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar, anayasa yargısında kullanılan ölçü normlar arasına girmiştir. Bulgaristan, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, İspanya, Polonya ve Slovenya’da anayasa mahkemeleri, kanunların milletlerarası andlaşmalara uygunluğunu da denetlemektedir. Türkiye’de ise bilindiği gibi, Anayasa’nın 90’ıncı maddesi gereğince "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." Diğer bir deyimle, bizim Anayasamız, milletlerarası andlaşmalara kanunlardan üstün değil, kanunlara eşit bir konum vermiştir. Bu durumda Anayasa Mahkememizin ve diğer mahkemelerin, milletlerarası andlaşma hükümlerini destek ölçü norm olarak kullanmaları

mümkün olmakla beraber, bağımsız ölçü norm olarak kullanmaları mümkün değildir. Bu hususun da bir anayasa reformu sürecinde ele alınması yararlı olacaktır.

Oluşmakta olan ortak Avrupa anayasa hukukunun dikkat çekici bir başka özelliği de, azınlıkların korunması konusundaki vurgulamadır. Bu konuda Avrupa Konseyi bünyesi içinde iki sözleşme hazırlanarak imzaya açılmıştır. Ayrıca, birçok yeni Avrupa demokrasisinin anayasalarında azınlık haklarını koruyucu hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda, Siyasi Partiler Kanunumuzda yer alan ve etnik partilerin her türünü yasaklayan çağdışı hükümlerin, Avrupa'da oluşan bu yeni anlayışla uyumlu olarak kaldırılması gerekmektedir.

Nihayet, idam cezasının kaldırılması da, ortak Avrupa anayasa hukukunun önemli bir unsuru haline gelmiştir. Avrupa Konseyi, bünyesine katılan bütün yeni üyelere, idam cezasını kaldıran Altıncı Protokolü imzalama şartını koşmuştur. Bilindiği gibi Türkiye, bu protokolü imzalamamış olan ve idam cezasını mevzuatında tutan tek Avrupa Konseyi üyesi konumuna düşmüştür. Türkiye'nin idam cezasını kaldırmaması ve özellikle bu cezanın 1984 yılından beri ara verilmiş olan uygulamasına yeniden dönmesi, sadece Avrupa Birliğine tam üyelik süreci önünde çok önemli bir engel oluşturmakla kalmayacak, kurucu üyeleri arasında olduğumuz Avrupa Konseyi'yle olan ilişkilerimizi de ciddi şekilde tehdit edecektir.

Görülüyor ki, demokratikleşmenin üçüncü dalgasında Avrupa'da anayasa yargısının yaygınlaşması, ortak Avrupa anayasa hukukunun oluşmasında büyük rol oynamaktadır. Anayasa mahkemeleri, demokrasinin ve temel hakların korunması, iktidarın bir merkezde toplanmasının önlenmesi ve özellikle federal ve bölgesel devletler bakımından devlet organları arasındaki dengelerin muhafazası açılarından önemli bir fonksiyon ifa etmektedirler. Diğer bir deyimle günümüzde siyasetin giderek hukuksallaşması eğilimine tanık olunmaktadır. Buna paralel olarak anayasa hakiminin hukuk yaratma yetkisi genişlemektedir. Fransız Anayasa Konseyi, anayasa-ya uygunluk denetiminde kullandığı ölçü normları arasına "anayasal değerlerde ilkeler" kategorisini de ithal etmiştir. Çeşitli Avrupa anayasa mahkemeleri, anayasada açıkça yer almayan bazı hakları anayasal koruma

altına alacak kararlar vermişlerdir. Türkiye'de Anayasa Mahkemesinin kurulması, 1961 Anayasasının en önemli ve en başarılı yeniliklerinden biridir. Türk Anayasa Mahkemesi, şu ana kadar Anayasanın üstünlüğünün ve hukuk devletinin korunması konusunda çok değerli bir fonksiyon ifa etmiştir. Yüce Mahkemenin bundan sonra da, özellikle temel hakların korunması ve geliştirilmesi hususunda, çağdaş Avrupa anayasa yargısındaki genel eğilime uygun olarak, daha aktivist ve yaratıcı bir rol oynaması beklenir.

### Oturum Başkanı

---

"Dünyada Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar" konulu ilk Oturumun ikinci konuşmacısı olan Sayın Prof. Dr. Ergun Özbudun'a, çok değerli açıklamalarından dolayı teşekkür ediyorum.

Üçüncü konuşmamız, Prof. Dr. Klaus Stern tarafından yapılacak. Prof. Dr. Klaus Stern, 11 Ocak 1932'de Almanya'nın Nürnberg şehrinde doğdu. Erlangen ve Münih'te yaptığı hukuk ve ekonomi çalışmalarından sonra, 1956 yılında Münih Üniversitesinde hukuk alanında doktora verdi. 1961 yılından itibaren kamu hukuku alanında ders verme hakkını kazandı. 1962-1966 yılları arasında Berlin Üniversitesinde Profesör olarak görev yaptı ve daha sonraki yıllarda Köln Üniversitesinde Anayasa ve İdare Hukuku Kürsüsü Başkanlığı, 1969-1975 yılları arasında hukuk fakültesinde öğretim üyeliği, ardından da üniversite rektörü olarak görev aldı. Üniversite çalışmalarının yanı sıra, Federal Almanya Meclisi Anayasa Komisyonu, Northin Besklal Bilimleri Akademisi Üyeliği ve aynı üyeliğin Anayasa Mahkemesinde yargıçlık yaptı. Brezilya Forteleza Federal Üniversitesi ve Polonya Brestan Üniversitesinde fahri doktora unvanı alan Klaus Stern, 5 ciltlik "Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Hukuku" kitabının yanında, "Alman Anayasası" ve "Anayasal Devletçilik" isimli iki kitabını daha yayımladı. Prof. Dr. Klaus Stern, Köln Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyeliği yanında, Yayın Hakları Enstitüsü Başkanlığı görevini de halen yürütmektedir.

**Prof. Dr. Klaus Stern**

Köln Üniversitesi

## **KÜRESEL ANAYASACILIK HAREKETLERİ VE YENİ ANAYASALAR**

On altıncı yüzyılın sonlarından itibaren çeşitli din savaşları ve devrimlerle ortaya çıkan günümüzde bildiğimiz adıyla ulus devletler, rasyonel bir siyasal toplumun geliştirilmesi ve özellikle devlet iktidarının kullanılmasına dayanak oluşturacak temel ilke ve kuralların aranmasına girişmişlerdi. Aristoteles'in "politea" kavramı ve Roman "constitutio" üzerinde uzun boylu düşünüldü. Kabul edilen terim temel ulusal yasaların oluşturduğu sistem anlamına gelen "constitution" terimiydi. Bu terim, anayasal bir otoritenin meşru kıldığı yazılı bir anayasa anlamına geliyordu.

Bu tür modern normatif anayasalar, iktidarın sınırlarını belirleyen sözleşmeler, yasal garantiler ve antlaşmalarda yer alan daha önceki tüm anayasal ilişki biçimlerinden tamamen farklıdır. Erken örnekleri Oliver Cromwell döneminde İngiltere'de kabul edilen, sonra Amerika Birleşik Devletleri'ni oluşturacak New England devletlerinde, Pennsylvania (1776), Massachusetts (1780) ve New Hampshire'da (1783) kabul edilen anayasalar 1787 tarihli Birlik Anayasası ile son noktaya erişmiş, 1789'da temel haklar bu anayasaya eklenmiştir.

Bu gelişme, Avrupa'da; Mayıs 1791'de Polonya'da, Ekim 1791'de Fransa'da, 1798'de İsviçre Cumhuriyeti ve Hollanda'da kabul edilen anayasalarla devam etmiştir. Bu anayasaları 19. Yüzyılda İspanya, İsveç, Norveç, çeşitli Cermen devletleri, Portekiz, Belçika, Sardinya, Avusturya-Macaristan, Alman İmparatorluğu, Türkiye, Japonya anayasaları ve diğerleri takip etmiştir. 20. Yüzyıl boyunca dünyanın her yerinde ulusal anayasalar kabul edilmiştir.

Günümüzde, Birleşmiş Milletler'in üyelerinden çok azında yazılı bir anayasa bulunmamaktadır ve bunlar arasında Büyük Britanya, İsrail ve Suudi Arabistan gibi önemli ülkeler bulunmaktadır. Anayasa düşüncesi gerçekten de evrenseldir. Endüstriden çok daha önce küresel hale gelmiştir.

Alman filozof Immanuel Kant onun "karşı konulamaz bir düşünce" olduğunu söylemiştir.

Bu bağlamda incelemek istediğim bazı sorular var:

I. Anayasal hareket hangi tarihsel, siyasal ve hukuksal temellere dayanmaktadır?

II. Bir anayasanın ideal bir anayasa olarak kabul edilebilmesi için hangi ilkeleri benimsemesi gerekir?

III. Modern bir anayasanın, ilgili devleti anayasal bir devlet yapabilmesi için hangi işlevleri yerine getirmesi gerekir?

Daha sonra, değerlendirmelerimi IV. bölümde özetleyeceğim.

## I

Anayasal hareketler antik çağda da mevcuttur, ancak bunların nedenleri her zaman için felsefi ya da dini olmuştur ve yalnızca İbraniler, Yunanlılar ve cumhuriyet dönemlerinin doruğunda kısa sürelerle Romalılar arasında gerçek bir varlık kazanmışlardır. Bugün burada ilgilendiğimiz modern anayasacılık İngiltere'de püriten devrimi ile başlar. Bu dönem Agreement of the People (1639), Instrument of Government (1653), Habeas Corpus Act (1679), Bill of Rights (1689) ve Act of Settlement (1701) gibi önemli tarihsel belgelerle açılmıştır. Yine de, modern anayasacılık çalışmaları, anavatan İngiltere'de değil daha önce değindiğim New England devletlerinde, Amerikan kolonilerinde sonuca ulaşmıştır.

Anayasal düşünce, Aristoteles, Bodin, Locke, Hobbes, Montesquieu, Pufendorf, Kant, Tocqueville gibi Avrupalı düşünürler, Amerikan Federalist Yazıları'nın yazarları ve birçok diğerleri tarafından geliştirilmiştir. Siyasal, bilimsel ve anayasal tartışmaların ortak özelliği devlete rasyonel ve sürekli kurallar sağlayacak ve sivil özgürlükleri koruyacak ilkeleri ve kuralları araştırmaktır. Modern anayasanın, bugün de öz olarak geçerli kalan, ilk tanımı 1758'de yayınlanan "Droits des Gens"i yazan ve Cenevre'de ders veren İsviçreli Emer de Vattel tarafından yapılmıştır: "Anayasa, kamu gücünün nasıl kullanılmalı gerektiğini belirleyen temel sistemdir. Ulusun bir siyasal varlık olarak nasıl hareket edeceğini, ulusun nasıl ve



kimler tarafından yönetilebileceğini gösterir ve yönetilenlerin hak ve yükümlülüklerini belirtir. Temelde anayasa, bir siyasal toplum olarak amaçlarını ve çıkarlarını gerçekleştirirken ulusun, sınırları içinde hareket etmeyi taahhüt ettiği bir çerçeveden başka bir şey değildir.

Bu nedenle anayasa, devletin izleyeceği yolun ana hatlarını belirlemelidir. Hukuksal yapıyı oluşturmalıdır. Bu, yalnızca kamu gücünün genel örgütlenmesini içermekle kalmaz, yurttaşların devlet karşısında temel haklarını da kapsar. Fransa'da Büyük Devrim zamanında bu hakların varlığının beyan edilmesi devlet örgütlenmesine ilişkin kurallardan bile daha öncelikli olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'ndeki anayasa hareketi de hemen hemen aynıdır. İkisi de 1776'da kabul edilen Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde yer alan temel haklar ve Virginia Haklar Bildirgesi, anayasaların örgütsel yapıya ilişkin düzenlemelerinden daha önceye denk düşmektedir.

Daha sonra, 19. yüzyılda, anayasanın bu iki parçası, temel haklar ve hukuksal rejim, aynı düşünsel, siyasal ve hukuksal arka plana sahip olduklarından, ayrılmaz biçimde birbirlerine bağlanmıştır.

Devletin örgütlenmesine hasredilmiş bir anayasa, yetkilerinde bazı ufak tefek sınırlamaları kabul etmekle birlikte, mutlakiyetçi karakterinden tamamen sıyrılamamış ancien régime'in bir kalıntısı olacaktır. Bireyin devlet içinde temel statüsünü ortaya koymadıkça, hele vatandaşın devlete nazaran temel subjektif haklarını, temel kişisel ve siyasal özgürlük haklarını içermedikçe "gerçek" ve tam bir anayasa varolamaz.

Bir anayasal çerçeve içinde, bir dizi kuralların ve temel özgürlükler sisteminin birlikte yer alması çelişki oluşturmaz. Aksine, bu ikisi birbirinden ayrılam niteliktedir. Normatif anayasal bir belgede birleştirilmeleri, 18. yüzyıl sonlarının büyük başarısıdır. Yalnızca devlet otoritesinin örgütsel yönlerine odaklanan eski anayasa düşüncesi, anayasanın modern anlamını oluşturmak üzere temel haklarla birleşmiştir. Bu sentez, modern anayasal devleti oluşturan esas olmuştur ve dünya çapında kabul görmeye başlamıştır.

19. yüzyılın başından beri bu nedenle, bir ülkenin örgütsel yapısının ve bireyin haklarının yan yana durması son bulmuş ve bunlar yeni anayasala-

rın birbirini tamamlayan parçaları olmuştur. Siyasal değişme ve anayasa teorisi terimleriyle, bu gerçekten yeni bir çığırdı. Eski kavram, maddi hukuk unsurlarını kapsayacak biçimde genişletilmiştir. 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi 16. maddesinde haklı olarak belirtilmektedir ki "Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution".

Eski devlet iktidarı sistemi ile vatandaşın statüsü hukukun iki ayrı alanıyken, şimdi bunlar bir bütündür ve birbirinin şartını oluşturmaktadır. Temel haklar devletin temel yapısının parçası haline gelmiştir. Devlet otoritesinin kullanımı bu temel hakların kontrolü altındadır ve bu haklar aynı zamanda yönetimin temelini ve dayanağını, bu nedenle de bir ulusun devletliğini oluşturur. Biz ancak bu durumda bir anayasal devletten söz edebiliriz, yani, devlet otoritesini yalnızca anayasal sınırlar içinde ve bunlara uygun olarak kullanabilen bir devlet.

Bu dönemdeki başarı, devletin anayasalı devlet haline gelmesi değil anayasanın temel hakları içerdiğinin benimsenmesidir. Burada devletin dönüşümündeki esaslı aşamayı, sırf siyasal bir devletten tamamen anayasa tarafından belirlenen devlete geçişi görebiliriz.

Bu anayasanın düşünsel ve siyasal kökleri, uzun bir geçmişe sahip olan halk egemenliği kavramında ve yine tarihi çok eskilere dayanan özgürlük kavramında yatmaktadır. Halk egemenliği, halkın anayasal gücünün, özgürlük kavramının temel insan hakları kataloğuna dönüşmesine yol açmıştır. Üçüncü bir kavram, devlet egemenliğinin "insanların değil hukukun egemenliği" olması gerektiği görüşünden kaynaklanmaktadır. Bu ilke sayesinde anayasa, anayasanın değişebilen sıradan bir yasa değil, "yasaların yasası" olmasını gerektiren özel bir statü kazanmıştır. Anayasa, doğrudan halktan kaynaklandığı için en üstün norm olmalıdır. Ülkenin yasaları da dahil olmak üzere devlet otoritesinin her türlü ortaya çıkış biçimi anayasaya uygun olmalıdır. Bu, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısında, ileride değineceğim anayasa yargısıyla zirveye ulaşan, hukuk devletinin temel ilkesidir.

## II

Modern anayasanın oluşumunu ana hatlarıyla açıkladım. Günümüzde modern anayasanın temel ilkeleri, halkın anayasa yapma iktidarı, demokratik iktidar, halkın özgürlüklerini kullanmasını, eşit muamele görmesini ve siyasal faaliyette bulunmasını sağlayan temel haklar ve bunlara ilişkin yargısal güvenceler, hukuk devleti ve anayasanın üstünlüğü ve bunlara ilişkin yargısal koruma gibi anahtar terimlerle ifade edilmektedir. Bu ilkeler hep birlikte modern anayasayı oluştururlar. Böyle bir yapı, iktidarı sınırlı ve halk tarafından meşrulaştırılan gerçek anayasal devleti yaratır.

Bu temel gereklere başka bazı unsurlar da eklenmiştir ve bunun nedeni, anayasayı değiştirmek çok güç olduğu için bu yolla bazı önemli konularda parlamentodaki basit çoğunlukla karar verilmesinin engellenmesidir. Bunlar kilise ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümler içermektedir. Örneğin bu kurallar, Almanya'da devlet kilisesinin olamayacağı koşulunu getirirken, Türkiye'de laiklik ilkesini korumakta olup, diğerleri ise milliyet, kamu hizmeti, partiler ve dernekler, yerel yönetimler, bazı kurumların korunması ve benzeri konularla ilgilidir. Daha sonra dikkatler asıl olarak, devletin sosyal ve zaman zaman kültürel yükümlülükleri, çevrenin korunmasına ilişkin kurallar ve toplum yararına belli işlerin yapılması görevi üzerinde odaklanmıştır. Bunlar, vatandaşlara temel haklardakinin aksine, haklar tanımaksızın hükümete ve özellikle de yasama organına yükümlülükler getiren "ulusal hedefler" niteliğindedir.

Bu tür eklemeler yapılmasının açıklaması, daha önce değindiğim, anayasanın üstün niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu, anayasal düzeydeki kuralların yalnızca parlamentodaki nitelikli çoğunluğun gücüyle değiştirilebileceği anlamına gelir ve bu, çoğu durumda hukuka uygun olarak seçilmiş üyelerin üçte iki çoğunluğudur. Bu durum, örneğin, Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası'nın 79. maddesinin 2. fıkrasında ve Türk Anayasasının 175. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiştir. Değiştirilmesinin zorlaştırılması, anayasayı diğerlerinden ayıran ve ona özel bir yasa, bir temel yasa niteliği veren bir özelliktir.

Bununla birlikte, ulus devletler arasında uluslararası ve ulusal üstü ilişkilerin artması göz önünde tutulduğunda, anayasanın bu üstünlüğünün

eskiden olduğu gibi katı bir nitelik taşımadığını kabul etmek gerekir. Avrupa Birliği'nde Avrupa hukuku ulusal hukuktan önce gelir ve bu anayasa hukuku için de geçerlidir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de bu gerçeği kabul etmek zorunda kalmıştır. Kuşkusuz, devredilemez temel hakları, özellikle Temel Yasanın 79. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen devletin temel yapısı hakkındaki ilkeleri ihlal ediyorsa bu önceliğin geçerli olduğu kabul edilemez (Bu durum bir Anayasa Mahkemesi kararında - BverfGE 89, 155 (s. 174 vd., 188 belirtilmiştir.)

Türk Anayasasının 4. maddesine benzer biçimde Alman Temel Yasasının 79. maddesinin 3. fıkrası, hiçkimsenin, anayasayı değiştirme yetkisine sahip olan kurumun yani parlamentonun bile bu temel ilkeleri değiştiremeyeceğini öngörmüştür. Parlamenta bunu yapma izni verilmemişse, herhangi bir ulusalüstü örgütün bunu yapmasına izin verildiği düşünülemez. Bir başka anlatımla, bu yetkiler topluluğa devredilemez. Bu durum, Temel Yasanın 23. maddesinin 1. fıkrasının üçüncü cümlesinde kuşkuya yer bırakmayacak açıklıkta belirtilmiştir.

Avrupa'nın anayasal devletlerinin Avrupa Birliği içinde birleşmeleri bu açıdan bazı zor sorunlar doğurmuştur. Bunlardan birisi, anayasanın ulusal bekçisi -ki bu Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi'dir- ile Avrupa Toplulukları Adalet Divanı arasındaki ilişki sorunudur. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu ilişkiyi tanımlarken kullanmayı tercih ettiği "işbirliği ilişkisi" (BverfGE 89, 155 (175)) terimi çeşitli yorumlara açıktır. İşin içine bir de Avrupa Mahkemesinin, Avrupa Sözleşmesi kapsamındaki insan haklarının ve temel özgürlüklerin korunmasına dair yargı yetkisini katarsak, açıktır ki bu alanda bir münhasır ulusal yetkiden söz etmemiz mümkün değildir.

Elbette, Avrupanın ulusalüstülüğü son üç yüz yılda ulusal anayasaları biçimlendirenlerin büyük başarılarını azaltmaz, ancak günümüzdeki işaretler küresel boyutta olmasa bile en azından dünyanın birçok bölümünde anayasal homojenliği göstermektedir ve bu eğilim Avrupa'da büyük ölçüde gerçekleştirilmiştir. Bu yalnızca batı, orta ve güney Avrupa için değil, 1989-90'daki siyasal dönüşüm hareketlerinden beri, istisnasız bölgedeki bütün ülkelerin yeni anayasalar yaptıkları ya da eski "demokratik halk"

anayasalarını baştan sona değiştirdikleri kıtanın doğu ve güneydoğu parçaları için de geçerlidir.

Avrupa Konseyi üyesi olan bütün bu ülkelerin anayasaları, başkanlı ya da başkansız, plebisiter unsurlar içeren ya da içermeyen parlamenter demokrasi ilkesine, sosyal hukuk devleti ilkesine, kuvvetler ayrılığına, yoğun insan hakları kataloğuna, yargının bağımsızlığına ve bir anayasa mahkemesi tarafından korunan anayasal garantilere dayanmaktadır. 7 Kasım 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını da bunların arasına dahil ediyorum. Bu anayasa, daha önce açıkladığım klasik anayasa ilkelerine uygun bütün özelliklere sahiptir. Bu nedenle, bu anayasa Avrupa anayasaları orkestrasında yer alabilir.

### III

Bu nedenle, genel olarak herkes modern anayasanın önemi, geçerliliği ve özü hakkında aynı fikirdedir. Şimdi yapmamız gereken onun işlevlerini ve sorumluluklarını saptamaktır. Bu bağlamda anayasanın etkinliği sorunu özellikle önemlidir. Anayasalar, amaçlarını yerine getirebilmek için üstün yetkilerini egemen kılabilmelidir. Anayasalar, asıl iktidar başka bir yerde kullanılırken yalnızca bir süs, takılacak bir kulp olmamalıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, bir anayasanın belli işlevleri yerine getirmesi gerekir:

Birincisi, anayasa düzenleyici bir işleve sahip olmalıdır. Bu işlevini, amaçlı anarşiyi önlemek olan bütün hukuk düzeni ile birlikte yerine getirir. Ayrıca anayasa, devletin siyasal faaliyet alanı için bir çerçeve oluşturmalıdır. Yönetimin anayasal bir yönetim olmasını sağlamalı ve genel hukuk düzeninin kaynağı ve en önemli parçası olmalıdır. Egemenliğin kullanımı ona aykırı olmamalıdır.

Diğer yandan, anayasa kapalı bir sistem olmamalıdır. Anayasanın özelliği, açıklığı ve lafzının geniş bir alanı kapsayacak nitelikte olmasıdır. Anayasa, daha sonra da anlamlandırılacak genel kurallar koymalıdır. Bu anlamda, özellikle toplum hayatını biçimlendirmek üzere siyasal iktidarı kullanan kurumlara, özellikle de yasama organına, talimat ve görevler vermelidir.

Daha yeni anayasalar, toplumun ve bireyin faaliyet alanını oluşturan, örneğin ülkenin ekonomik düzeni, çevrenin korunması, spor ve diğer konularda birçok yol gösterici kural içerir. Ancak modern devletler, ulusun toplumsal hayatını biçimlendirme görevinden vazgeçemezler ve böyle bir istek taşıyamazlar. Modern devletler artık "gece bekçisi devletler" olmak istemezler. Bu nedenle modern anayasa kendini, genel doğrultuyu gösteren bir "pouvoir actif" haline getirmiştir. Bunu her zaman kesin ve açık talimatlar vererek yapmaz; örneğin Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası ve benzer biçimde Türk Anayasası devletin sosyal devlet olduğunu kabul etmiştir.

İkinci olarak anayasa, toplum hayatının temel ve sarsılmaz yapısını oluşturan bir istikrar kaynağı olmalıdır. Demokratik anayasa aynı zamanda, açıktır ki demokratik niteliği nedeniyle, halihazırdaki çoğunluğun geçici hevesiyle değiştirilememeli, aksine, James Bryce'in belirttiği gibi, derin tartışmalar sonrasında oluşturulan, halkın yerleşik ve sürekli iradesinin bir ifadesi olmalıdır. Bu nedenle anayasaların sürekli ve değişmez olması istenir. Gerçekten de, bu istikrarı artırmak için bazı anayasalar, örneğin Almanya'nın Temel Yasasının 79. maddesinin 3. fıkrası ya da Türk Anayasasının 4. maddesi gibi, değiştirilemez ya da ebedi kurallar içermektedirler.

Genellikle bu tür kuralların temel amacı, hepsi de demir çekirdek anayasal ilkeler olan cumhuriyetçi yapı, demokratik sistem ve hukuk devleti ilkesi, ayrıca Almanya'da federe devletlerden oluşan bir bölümlenme, insan haklarının tanınması gibi devleti oluşturan asli unsurları korumaktır. Ancak, bazı değerleri bu yolla dokunulmaz kılmak, zamanla, bunların anayasayı değiştirmek isteyen anayasakoyucu için ayakbağı olması riskini taşımaktadır. Bu nedenle bu tür kurallar, tabiri caizse, genel olarak kabul edilen "ebedi değerler"le sınırlı olmalıdır.

Başka bir nokta daha var: anayasanın istikrarı katılıkla karıştırılmamalıdır. Anayasa, yalnızca bu günün değil geleceğin de ihtiyaçlarını karşılayabilmelidir. Ulusun taleplerini karşılamaktan büyük ölçüde uzaklaşırsa ve yalnızca bir dizi katı kurallar bütünü olarak algılanmaya başlanırsa, anayasanın değiştirilmesi mümkün olmalıdır. Bu durum dolayısıyla anayasal gelişimin zor sorunlarıyla karşı karşıya kalırız. Sağlam bir anayasal

denetim sistemine sahip olan ülkeler, bu sorunları çözmek açısından daha iyi bir durumdadırlar, çünkü bir anayasa mahkemesinin, parlamentonun çoğu kez şüpheyle karşılanacak siyasal olarak karmaşık bir reform işine girişmesine gerek kalmaksızın, yaptığı yorumlarla bu sorunlara çözümler bulması daha kolaydır.

Üçüncü olarak, anayasa birleştirici vasıflara sahip olmalıdır. Bu yalnızca, birçok ülkede anayasacılık hareketlerini en çok teşvik eden şey olan ulusal bütünlük anlamında değil daha geniş bir anlamda anlaşılmalıdır. Anayasada yer alan kararlar, ulusun siyasal oydaşmasının bir parçasını oluşturmaktadır. Alman anayasa hukuku bilgini Rudolf Smend'in anayasanın görevlerinden birinin de ulusu "bütünleştirmek" olduğu sonucuna varmasını sağlayan şey bu yöndeki inançtır. Bu bütünleşme, örneğin, ulusal günlerde ya da devlet için özel günlerde yapılan siyasal törenlerde, bayraklarda, anma günlerindeki konuşmalarda, seçimlerde, önemli parlamento tartışmalarında vs. yansımaları bulur.

Bu nedenle anayasanın ülkenin siyasal ve sosyal gruplarını biraraya getirmesi ve herşeyden çok da iç barışı koruması gerekir. Bu işlevi yerine getirebilmek için daha yeni anayasalar, bazıları devletin bütünlüğü, sosyal refahın ya da sosyal adaletin sağlanması gibi genel nitelikli, bazıları da 1990 yılına kadar Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasasında yer alan özgür Alman birliğinin yeniden kurulması gibi biraz daha özel olan, belirli ulusal hedefleri içermektedirler. Bir anayasadaki temel hakları koruyan ve başlıca yükümlülükleri belirleyen kurallar da büyük ölçüde, yalnızca ulusal standartların oluşmasına değil bütünleşmeye de destek sağlar. Bunlar devletle vatandaş arasındaki ilişki hakkındaki değer yargılarını, bir başka deyişle ulusun sosyal ve kültürel değerlerini kapsar.

Dördüncüsü, bu üç işleve ek olarak, devlet iktidarı üzerindeki hukuksal sınırları belirlemek ve iktidarın denetlenebilir kalmasını sağlamak işlevi vardır. Bu işlev, anayasacılığın erken safhalarında vazgeçilmezdi ve günümüzde de çok büyük bir öneme sahiptir. Bu işlev devleti, kuvvet kullanımına dayanmaktan hukuka dayanan devlete yani anayasal bir devlete dönüştürmüştür. Bu, özgürlüğü ve hukuksal kesinliği garanti altına alan temel hakların amacını oluşturmaktadır. Bu, kuvvetler ayrılığının ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında anayasa yargısının oluşturulmasının da amacı-

dır. Bu üç parçalı anayasal sistem içinde, temel haklar ve kuvvetlerin den- gelenmesi eski bölümü oluşturmaktadır. Bunların izi siyasal ve anayasal kuramın tarihinde çok eskilere kadar sürülebilir. Bu tarihsel yönün üze- rinde durmak için yeterli zamanım yok ancak daha önce değindiğim 26 Ağustos 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 16. maddesini anımsatmak isterim.

Daha 19. Yüzyılda, bu güvencelerin devletin temel hukuksal yapısı olan anayasanın statüsünü garanti altına almak için yeterli olmadığı apaçık ortaya çıkmıştır. Anayasanın üstünlüğünün sağlanabilmesi için onun özel bir "bekçi"sinin olması gerekir. "Legitimité juridique"e "souveraineté po- litique" üzerinde üstünlük sağlayacak demirden dökme kuralların varlığı zorunludur.

Alexander Hamilton ünlü Federalist Yazılar No. 78'inde, hukuk mahke- melerinin neden anayasanın bekçisi olmaları gerektiğini açıklar. Ona gö- re bu, "eşyanın doğası gereği"dir. Ondan önce İngiliz yargıç Sir Edmund Coke da bu doğrultuda düşünüyordu ancak görüşlerinin Büyük Britan- ya'da kabul edilmesini sağlayamadı. Amerika Birleşik Devletleri'nde du- rum farklı olmuş ve Yüksek Mahkeme 1803'te ünlü Marbury v. Madison davasında anayasanın üstünlüğünü vurgulamış ve yasama organının kiler de dahil olmak üzere devletin bütün faaliyetlerinin anayasaya uygun ol- ması gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasaya uygun değilse, bunlar geçersizdir.

Bu görüş onlarca yıl sonra bütün anayasa mahkemelerince benimsenmiş- tir. Süresi ülkeden ülkeye değişiklik göstermektedir ancak günümüzde bu, hepsi için ortak bir kanı haline gelmiştir. Bu nedenle anayasa yargısı, hu- kuk devleti ilkesine dayanan demokratik devletin tamamlayıcısıdır. Ana- yasa mahkemeleri, anayasanın gerçek bekçisi haline gelmişlerdir. Hukuk ve siyaset arasındaki yüzyıllar süren tartışmada ibre hukukun lehine dön- müştür. Bu, anayasa mahkemelerinin anayasanın koruyucusu olmaları sayesinde ulusal bütünlüğü sağlamakta bir etken haline gelmeleri anla- mını taşımaktadır. W. Kagi şöyle demiştir: "Bana anayasa yargısı hakkın- da ne düşündüğünü söyle, sana nasıl bir anayasa istediğini söyleyeyim".



## IV

Lütfen özetlememe izin veriniz. Modern anayasacılık geçen 250 yıllık dönemde, birçok ülkeyi aşama aşama anayasal devlet haline getirmiştir. Bu, her yerde tanık olduğumuz gibi, uluslar topluluğunun kaçınamayacağı küresel bir harekettir. Diktatrlğun ve totaliter rejimlerin yıkıldığı her yerde, halklar demokratik bir anayasa istemiştir. Bu durum özellikle eski doğu bloku ülkelerinde açıkça görülmüştür. Bunların yeni anayasaları, benim açıklamış olduğum ilkeleri içermektedir. Bu anayasaların yazarları 1945'ten bu yana batıda kabul edilen anayasaları örnek alabilmişlerdir. Yeni ilkeler bulmaları gerekmiyordu, yalnızca geleneksel kavramlara dayanmaları mümkündü. Bu bağlamda Avrupa'nın büyüyen anayasal homojenliğinden bahsedebiliriz.

Ancak modern anayasa Avrupa ve Amerika kıtaları dışında da ortaya çıkmıştır. Burada birçok düzenlemesi Alman Temel Yasası'nın bölümlerine benzeyen yeni bir anayasayı 1996'da kabul eden Güney Afrika Cumhuriyeti'ni anmam gerekir. Yeni anayasacılık hareketinin en son yesi, 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren İsviçre Konfederasyonu anayasasıdır. Bu nedenle çoğu kişi, P. Haberle'nin sözleriyle "anayasal devletin vakti"nin geldiğini söyleyebilir. Fakat dürtüst olalım: anayasanın her yerde zafer kazanmasından önce yapılması gereken çok şey var.

Çeviren : Ar. Gör. Ayhan TEKİNSOY  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### Oturum Başkanı

---

Sayın Stern'e çok teşekkür ediyoruz.

Sayın konuklar; Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayının birinci Oturumu, daha önce de arz ettiğim gibi, dünyada anayasacılık hareketleri ve yeni anayasalar konusunu içeriyordu. Bu konuda konuşma yapan konuşmacılar, özellikle Alfonso Leme Machado, Güney Amerika lkelerindeki anayasal düzenlemeleri bize aktarmak suretiyle değerli açıklamalarda bu-

lundular. Sayın Prof. Dr. Ergun Özbudun, Türkiye'deki uygulamalar ya da düzenlemelere ya da Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarına da ağırlık vermek suretiyle açıklamalarını yaptılar. Prof. Dr. Klaus Stern, genel anlamda açıklamalar yaptılar. Ben, yeniden bu konuda derleme yapmak istemiyorum; çünkü zaman itibariyle ayrılan süre doldu. Saat 16.00'da bitirmek durumundaydık; biraz tecavüz ettik, ama sanıyorum bir ara için de yeterli zaman var.

Ben, bu vesileyle hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

## II. KONU

### "TÜRKİYE'DE ANAYASACILIK ve ANAYASA KÜLTÜRÜ"



#### Oturum Başkanı:

Nejat Arseven (TBMM Başkan Vekili)

#### Konuşmacılar

Prof. Dr. Jean Marcou (Siyasal Bilimler Grenoble Üniversitesi - Kahire Üniversitesi)

Prof. Dr. Coşkun San (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)

Prof. Dr. Mümtaz Soysal (Anayasa Hukuku Profesörü)

## Nejat Arseven

Oturum Başkanı (TBMM Başkanvekili)

İkinci Oturumumuzu açıyorum.

Gerek bütün katılımcıları, değerli misafirlerimizi ve böyle önemli bir konuda fevkalade özen göstererek bu toplantıyı düzenleyen Barolar Birliği Başkanımız başta olmak üzere, bütün yöneticilerini kutluyorum ve çok teşekkür ediyorum.

Değerli konuklar, değerli misafirler; gönül arzu ederdi ki tabii Türkiye Cumhuriyeti de 21. Yüzyılın başında gelişmiş bütün Batı Avrupa ülkeleri gibi veya gelişmiş bütün ülkeler gibi Anayasa meselesini de çözmüş ve bugün toplumun bütün kesimlerince tartışılır bir Anayasa meselesi gündemde olmasaydı. Ancak ben, bir milletvekili olarak Parlamentoda Partilerarası Uzlaşma Komisyonu Başkanı olarak müşahede ediyorum ki, gerek bütün sivil toplum örgütlerimizin, gerek üniversitelerimizin, toplumun bütün kesimlerinin bugünkü mevcut Anayasamızla ilgili yapmış olduğu çok ciddi çalışmalar var, eleştiriler var ve değerlendirmeler var. Biz de Partilerarası Uzlaşma Komisyonu olarak, geçen dönemde olduğu gibi, bu dönemde de Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının günün şartlarına uygun, Batı standartlarında, insan hak ve özgürlüklerinin öne çıktığı ve standardı yüksek bir Anayasa haline getirilmesi için başlamış olduğumuz çalışmalarımızı sürdüreceğiz. Fakat, Türkiye hemen hemen 150 yıldır bu tartışmaları yaşıyor. 1808 Senedi İttifak, 1893 Gülhane Hattı Hümayunu, 1876 Kanuni Esasi, 1921 ve 24 Teşkilatı Esasiye Kanunları, 61 ve 82 Anayasaları. Yine sabah bu kürsüden ifade edildi; Amerika Birleşik Devletleri, kuruluşundan bu yana -tabii ki ufak tefek değişikliklerle- aynı yasasıyla ülke düzenini sürdürüyor.

Değerli misafirler; anayasalar, ülkenin temel düzenini tespit eden, toplumun tamamının uymaları gereken belgeler olduğu gibi, aynı zamanda toplumsal mutabakat belgeleridir de. Ancak, Türkiye Cumhuriyetinde özellikle bütün anayasalarımız, toplumdan gelen arzu ve istekler doğrultusunda değil, bir ölçüde günün şartlarına göre, o günün şartlarında sanki

uyulması gereken belgeler gibi millete dikte ettirilen belgeler halinde ortaya çıktılar. Özellikle son iki anayasamız, özellikleri itibariyle birbirlerine birer tepki anayasası gibi ortaya konuldular. Ancak, bugün gelmiş olduğumuz noktada, bugünkü mevcut Anayasamız konusundaki tartışmaları artık toplum olarak ilanihaye sürdürmemizin de mümkün olmadığı bir gerçek. Onun için konuşmamın başında ifade ettim; toplumun her kesiminden bu konuda talepler geliyor, çalışmalar yapıyor ve bugün bu çalışmaların da en değerlilerinden birini burada gerçekleştiriyoruz. Barolar Birliğimize tekrar çok teşekkür ediyorum.

Ben ifade ediyorum ki, -hep ifade ettim, bundan sonra da ifade edeceğim-Türkiye Cumhuriyeti 21. Yüzyılın eşiğinde, 21. Yüzyılda artık günün şartlarına göre Anayasasını değiştiren, terörist Apo yakalandığı için Anayasasının ilgili maddesini veya tahkimle ilgili konuyla Anayasasının maddelerini veya bugün yine bu kürsüde Sayın Bakanın ifade etmiş olduğu gibi, güncel birtakım Anayasa değişikliklerine giden bir ülke konumundan çıkmalıdır. Zannediyorum ki hepimizin de müşterek arzusu budur.

Bugün yine önümüzde, yine burada ifade edilen birtakım Anayasa değişiklikleri var. Halbuki yola çıkarken, bütün siyasi parti liderlerimizle varmış olduğumuz mutabakat sonrasında bu çalışmalarımıza başladık ve devam ettirmeye de çalışıyoruz. Halbuki bizim onlarla yapmış olduğumuz görüşmeler sırasında, hemen hepsinin bize yapmış olduğu ifade; artık böyle münferit Anayasa değişikliklerinin yapılmamasının doğru olduğu ve genel bir değişikliğin, hatta belki Anayasasının -yine burada ifade edildi- tamamının değişikliği konusunda bir çalışmanın ortaya çıkarılmasıydı. Ancak, maalesef Türkiye ne hikmetse, ifade edildiği halde bunların arkasında duramayan bir ülke özelliğini bugün de taşıyor. Fakat bundan katıyen bir yılgınlığa veya sıkıntıya düşmeyeceğiz. Başında bulunduğum ve her siyasi partiye mensup çok değerli hukukçu arkadaşlarımla temsil edilmiş olduğu Partilerarası Uzlaşma Komisyonu, geçen dönemde olduğu gibi, bu dönemde de Anayasa değişikliği çalışmalarımıza hiç ara vermeden devam edeceğiz. Tabii bu ve bunun gibi toplantılarda yapılacak olan çalışmalarda da bizim değerlendireceğimiz, üzerinde duracağımız çok değerli çalışmalar olacak. Onun için bugünkü toplantının fevkalade önemli olduğunu bir kere daha ifade ediyorum.

Çok değerli konuşmacılarımız var, onların vakitlerini almamak için konuşmamı burada tamamlıyorum. Bu Kurultayı düzenleyen Barolar Birliğimize de tekrar sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Konuşmacılarımız; Kahire Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden Prof. Dr. Jean Marcou, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinden Prof. Dr. Coşkun San ve Anayasa Hukuku Profesörü Prof. Dr. Mümtaz Soysal.

İlk söz, Kahire Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Jean Marcou'nundur.

Buyurun.

## **Prof. Dr. Jean Marcou**

Grenoble Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi  
Kahire Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

## **TÜRKİYE'DE ANAYASACILIK VE ANAYASA KÜLTÜRÜ**

Bu tebliğin, Türk anayasa kültürünün ve anayasacılığının alışılmış bir çözümlenmesi olduğu düşünülmemelidir; sözkonusu olan, yabancı bir gözlemci tarafından yapılan biraz da özel bir bilançodur. Böyle bir deneme yeni de olmayıp, Batı ve Doğu dünyalarının karşılıklı gözlem geleneğine ve daha da özel olarak, ilke ve mekanizmaların birbirinden farklı toplumlar arasında mübadelesi hareketine bağlanabilir. Ancak, Türkiye'ye ilişkin olarak bu gelenek, gelişme göstermektedir. Gerçekten, bu ülkenin birkaç onyıdır görülen Avrupa'yla yakınlaşma yönündeki tutumu ve sonradan resmen tanınan AB adaylık statüsü, onu yapılanma sürecindeki bu Avrupa bütünleşmesinin potansiyel bir üyesi durumuna getirmektedir. Geçen onyıllarda Avrupalılara alışılmadık bir deneme gibi görünen Türk anayasa ve siyasal sisteminin gözlemlenmesi, gelecekte çok daha doğal bir uygulama hâlini alabilir.

Biz bu konuyla birkaç yıldır ilgilenmekteyiz (1). Bununla birlikte, bu deneyim bize, bu Kurultay'a katılanların çoğunun kuşkusuz bizim kadar iyi

bildiği Türk anayasal gelişimini anımsatmak konusunda özel bir yetki vermemektedir. Burada yalnızca, araştırmalarımızdan çıkarabildiğimiz ana sonuçları paylaşmaya çalışacağız.

Gerçekte iki olgu, Türk anayasal kültürüne ve anayasacılığına damgasını vurmuş gibi görünmektedir. Bunlar,

- bir yanda, ülkenin Osmanlı İmparatorluğu'nun sonu ve Kemalist dönemle belirginleşen anayasal deneyiminin eskiliği
- diğer yanda, içinde bulunduğumuz dönemde asla yalanlanmayan iktidarın anayasallaşması ve temsili demokrasiye ulaşma iradesidir.

### **1. Türk anayasal deneyiminin eskiliği ve Osmanlı'dan ve Kemalist dönemden kalan miras**

Osmanlı İmparatorluğu'nun sona ermesinden beri Türkiye'nin siyasi tarihi karmaşık ve hareketlidir. Bu tarih, devletin biçimi, egemenliğin dışavurumu, gerçekleştirilen teknik ve kültürel modernleşmenin anlamı, hakların güvence altına alınması, kurumsal dengelerle parti dengeleri üzerinde, yüzyıldan uzun bir süredir devam eden entelektüel bakımdan zengin bir tartışmayı besleyen gerçek bir anayasal deneyimin varlığını ortaya koymaktadır. Ancak Türk anayasal deneyimi özgündür. Türk anayasacılığı, bugün için, iki kurucu miras devralmış durumdadır: Osmanlı İmparatorluğu'ndan ve Kemalist dönemden kalan miras. Uzun süre ikincisi tarafından gölgelenen ilk miras, yeniden çağdaş siyasi tartışmalarda varlık göstermektedir.

### **1.1 Osmanlı İmparatorluğu'nda devlet ile sivil toplum arasındaki dikotomi**

Osmanlı idari ve siyasi tarihinin bilinmesi, kuşkusuz, Türk anayasal sisteminin özelliklerini ve bazı çağdaş tartışmaları daha iyi anlayabilmek bakımından son derece önemlidir. Osmanlı İmparatorluğu'nun, Ancien régime Fransa'sı ya da diğer büyük Batı Avrupa devletleri gibi, sözcüğün mo-

---

(1) Bkz. Jean Marcou, L'expérience constitutionnelle turque, Revue de droit public, Paris 1996, s. 425-462.

dern ve liberal anlamıyla bir anayasası olmasa da, kudretini doruk noktasına ulaştıran, güvenilir bir siyasal örgütlenmesi bulunmaktaydı. Bu sıkı örgütlenme ve özellikle ülke üzerindeki yapılanması, XVI. yüzyılda Machiavel'in dikkatini çekecek ve onu, "Prens" in 6. bölümünde Fransız ve Osmanlı devletlerinin karşılaştırmalı analizine girişmeye itecektir (2).

Machiavel özellikle, Osmanlı siyasal ve idari çarklarının iyi işleyişinden ve siyasal karar alma mekanizmasının merkezileştirilmesine katkıda bulunan verimliliklerinden, idari taksimatın gelişmişliğinden etkilenmiştir. Ancak, bir yandan bu siyasal örgütlenmenin etkililiğinde ısrar eden Machiavel, diğer yandan bunun sivil toplumda yerleşemediğinin altını çizmektedir. İyi örgütlenmiş bu İmparatorlukta, siyasal iktidarla halk arasındaki ilişki son derece mesafeliydi. Özellikle yerel düzeyde, Sultan'ın memurları, yönetilenlerin yürürlükteki düzene sadakatleri ile pek az ilgilenmişlerdir. Yalnızca memurlarının Sultan'a sadakati ve güçlü bir toplumsal öz-örgütlenme yeteneğine sahip olan halka zorla benimsetilemeyen kararların uygulanmasını sağlama güçleri önem taşımaktadır. Burada, Osmanlı yönetimine ilişkin olup bilinmesi çağdaş Türk anayasacılığının en iyi şekilde anlaşılmasına yardımcı olacak her şeyin, eksiksiz olarak ortaya konmasına olanak yoktur. Bununla birlikte, Machiavel'in çözümlemesine ilişkin bu anımsatma, Osmanlı döneminin ayırdedici özelliğinin, devletle sivil toplum arasındaki, muhtemelen çağdaş Türkiye'de de izleri olan, güçlü bir dikotomi olduğunun anımsanmasını sağlayabilir.

## 1.2 Gerilemekte olan Osmanlı İmparatorluğu'nda modernleşme, reformculuk ve anayasallaşma

İktidarın anayasallaşması sorunu, Osmanlı İmparatorluğu'nun son onyıllarında ortaya çıkmıştır. Batı toplumlarındakinin aksine, bu süreç, dönemin iktidarına muhalefet eden siyasal ve toplumsal hareketlerden ve o zamanki işleyiş biçimiyle toplumdan değil, esas olarak, seçkinler tarafından yaşama geçirilen modernleşme olgusundan kaynaklanmaktadır. Gerçekten, Aydınlanma ve büyük liberal devrimlere ait fikirler, Doğu Akdeniz'i geç etkilemiştir. Osmanlıların bu değişikliklere gösterdikleri ilginin nedeni, öncelikle Batı'nın siyasal ve askeri gücünün sınırlarını öğrenmek sure-

(2) Bu sorun hakkında bkz. N. Machiavel, Le Prince, bölüm 6.



tiyle kendi gerilemelerini durdurmak iradesidir. Başlangıçta diplomatik-askeri yönetici elite görülen modernleşme fikri, XIX. yüzyılın başında Batı'dan etkilenecek askeri ve teknik reformlara girişen aydınlanmacı despot, reformcu Sultanlar III. Selim ve II. Mahmut dönemlerinde kendini göstermeye başlamıştır. Ancak bu olgu, "Tanzimat" döneminin başladığı XIX. yüzyıl ortasında, çok farklı bir yoğunluk kazanmıştır.

Bu dönemin aşırı bir batılılaşma hareketinden ibaret olduğu bilinmektedir. Bazan yanlış olarak kurucu anayasal belgelerle bir tutulan iki ünlü fermana (1839 Gülhane Hatt-ı Şerifi ve 1856 Hatt-ı Hümayunu) rağmen, köklü siyasal ve toplumsal değişimler olmaksızın gerçekleştirilen bir dizi modernleştirici teknik reformun (askeri, mali, hukuksal, idari ve eğitime ilişkin) yapıldığı bu dönemde, gerçek anlamda anayasacılığa ilişkin hiç bir şey bulunmamaktadır. Gerçekte, bu modernleşme önlemleri Osmanlı toplumunun geleneksel (özellikle dinsel) güçlerini zayıflatırken, bu hareket, siyasal iktidarın o güne dek asla görülmemiş ölçüde Sultan'da toplanmasına yol açmıştır.

Nihayet ilk ve tek Osmanlı anayasasının ilanı da, bu modernleşme döngüsü sırasında gerçekleşmiştir. Bu metin, 1876 Anayasası, karışık ulusal ve uluslararası koşullarda ortaya çıkmış olup, o dönemde bile, Bab-ı Ali'nin Batı'nın yeni müdahalelerinden kurtulmaya yönelik bir manevrası gibi görünmüştür. Bir monarşiyi örgütleyen ve Osmanlı seçkinlerinin iyi bildiği bir dille (Fransızca) yazılmış olan 1831 Belçika Anayasası'ndan esinlenilerek hazırlanmış olan bu Anayasa, halk egemenliğini getirmek iddiasında olmayıp, Sultan'ın iradesinin üstünlüğünü ve yalnızca şeklen kuvvetler ayrılığını düzenlemiştir. Bununla birlikte, bir haklar bildirgesini içermekte, parlamenter mekanizmalar tasarlamakta, hatta bir seçim ve temsil deneyiminin yaşanmasına izin vermektedir. Ancak bu ilk anayasal dönem çok kısa sürmüştür, zira 1876 Anayasası, Sultan Abdül Hamid tarafından 1878 yılında askıya alınmıştır.

### **13 İmparatorluğun sonunda Osmanlı anayasal deneyiminin derinleşmesi**

Tanzimat, siyasal ve sosyal bir dönüşüm hareketi olarak algılanmasa da, geleneksel Osmanlı toplumunun düzenini bozmakla köklü değişikliklere

yol açtığı tartışmasızdır. İlk anayasal belge en sonunda yürürlüğe girdiğinde, modernleşme olgusunun ortaya çıkışının üzerinden birkaç on yıl geçmiş; reformlar devleti dönüştürmüş, yönetici sınıflara damgasını vurmuş ve büyük şehirlerde yaşayan halkı etkilemişti. Başlangıçta daha çok teknik olan önlemler, böylece, "Genç Osmanlılar" ve sonraları "Jön Türkler" hareketinin de gösterdiği gibi, çok yoğun bir siyasal yansımaya yol açmıştır. Çağdaş Türk siyasal kültürünün bazı öğeleri, Osmanlı'daki bu siyasal oluşumlar içerisinde belirmiş olmalıdır.

Bu bakış açısından "Genç Osmanlılar"ın önemi, XX. yüzyıl Türkiyesi'ndeki siyasal ve anayasal tartışmalarda zaman zaman yeniden ortaya çıkan, batılı anayasacılık idealinin Osmanlı toplumunun İslami kimliğinin korunması ile bağdaştırılabilir olduğuna dair düşünceyi ileri sürmüş olmalarıdır. "Jön Türkler"e gelince, onların katkısı çeşitlidir. Bir yandan, Kemalizm'e büyük ölçüde yolu açan modernleşmeci, ulusçu ve laiklik yanlısı ideolojinin kaynağı "Jön Türkler"ken; diğer yandan, çağdaş siyasal güçlerin yapılanmasının temelinde, bunların iç çekişmelerinin ve özellikle 1902 Paris Kongresi'ndeki bölünmelerinin doğurduğu tartışma ve ayrılıklar bulunmaktadır.

1908 "Jön Türk" devriminin ardından, temel istemi 1876 Anayasası'nın tekrar yürürlüğe konması suretiyle iktidarın anayasallaştırılması olan, Abdülhamid mutlakiyetçiliğine muhalif hareket iktidara gelmiştir. Yine de, bu istemin toplumsal yoğunluğu üzerinde durulmalıdır. 1908 devrimi, İmparatorluğun büyük şehirlerdeki farklı cemaatleri arasında kardeşliği sağlamaya yönelik halk hareketlerine sahne olmakla birlikte, belirleyici eylemler, Sultan'ın yerine, modern bir hükümet kurmak suretiyle İmparatorluğun bütünlüğünü güvence altına alacağını düşündükleri anayasallaştırılmış modern bir sistem getirmek isteyen "İttihat ve Terakki Cemiyeti" ile askerler tarafından yürütülmüştür.

1876 Anayasası'nın tekrar yürürlüğe girmesi ve buna yönelik tepkilerin bastırılması ile Abdülhamid'in tahttan indirilmesini izleyen 1909 anayasa değişiklikleri, Osmanlı'nın çok ilginç bir anayasal dönemini başlatmıştır (1909-1913). Bu, aslında İmparatorluğun tek gerçek anayasacılık dönemidir; "Jön Türk" devrimi ile Balkan savaşları arasındaki bu dönemde Osmanlı toplumu, parlamenter demokrasiyi, seçim yarışlarını, basın özgür-

lüğünü, gündelik siyasal toplantı uygulamasını, grevleri ve hatta feminist istemleri görmüş, yaşamıştır. Bu dönem özellikle entelektüelleri sahnenin önüne itmiştir. Düşüncelerinin izlerine sonradan da rastlanan akımlar arasında çok zengin bir siyasal tartışma gelişebilmiştir: Mehmet Akif – İslamcılar, Abdullah Cevdet – batılılaşma yanlıları veya Ziya Gökalp – Türk ulusçuları (3). Ancak uluslararası koşullar, bu gelişmenin meyve vermesini engellemiş ve İmparatorluğu savaşın içine atmıştır.

#### 1.4 Kemalist dönemin Türk Anayasacılığına katkıları

"Anayasa'nın, Parlamento'nun, Parti'nin ve seçimlerin büyüleyici açılımı, Cumhuriyet'in, en azından başlangıçta, iktidarını himayeci otorite ve askeri gücün karışımıyla sağlayan, muzaffer bir ordunun başındaki meslekten bir asker tarafından kurulduğu gerçeğini saklayamamıştır". Bernard Lewis'in bu tespiti, Kemalist efsanenin anayasacı olmaktan çok –doğru söylemek gerekirse- devletçi olduğunu göstermektedir. Ancak, Kemalist anayasal metinler önem taşımaktadır.

İlk olarak, bu önem egemenliğe ilişkindir. Kemalist dönem, demokratik bir dönem olmamakla birlikte, halkı ya da temsilcilerini egemenliğin sahibi kılmak suretiyle daha önce İmparatorluğun sonunda, 1909 Anayasa değişiklikleri sırasında ortaya atılan bir düşüncüyü benimsemiş olduğu için önemlidir. Bu arada, Kurtuluş Savaşı'nın ve bir ulus-devlet oluşturma isteğinin işleri kolaylaştırdığı belirtilmelidir. Bu açıdan, dönemin anti-emperyalist ruhu içerisinde Sovyet etkisine de maruz kalan 1921 geçici Anayasası, Türk anayasal tarihinde bir dönüm noktasını işaret etmektedir, zira ulusal egemenlik ilkesini ilan eden bu anayasada, "(i)dare usulü(nün) halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına müstenit" olduğu belirtilmektedir. Bu egemenliğin özelliği, bölünemez oluşudur; egemenlik münhasıran, kuramsal olarak bütün yetkileri elinde tutan bir büyük meclise aittir. Egemenliğin kullanımındaki bu teklik, şeklen bir meclis hükümeti sistemi öngören ilk Cumhuriyet Anayasası'nda (1924) da yer almıştır. Bununla birlikte, bu anayasal meclis hükümeti sistemi uygulama-

---

(3) Bu dönem ve bu hareketler hakkında bkz. P. Dumont ve Fe. Georgeon, "La mort d'un Empire 1908-1923) in R. mantran (dir.) Histoire de l'Empire Ottoman, Paris, Fayard, 1989, s. 584 vd.

da, yerini reformcu bir elitin hakim olduğu, tek parti tarafından yapılandırılan bir sisteme bırakmıştır. Böyle bir sistemin özü ilk bakışta anayasacı görünmese de, Kemalist metinler, otokratik olmayan, laik bir yeni egemenlik anlayışının kesin olarak ortaya çıkışına olanak vermişlerdir.

İkinci olarak, demokrasinin yokluğuna rağmen Kemalizm, sonradan iktidarın gerçekten anayasallaşmasına temel olacak, Cumhurbaşkanı, Büyük Millet Meclisi, Başbakan ve Hükümeti, yargı erki gibi kurumsal yapıların Türk siyasal toplumunda yerleşmesine olanak tanımıştır. Bu yapılar, Kemalist sistemin parlamenterleştirilmesini ve 50'li yıllarda ilk demokratik deneyimin yaşanmasını mümkün kılacaklardı.

Son olarak, Kemalist dönem ve reformları, her zaman kurucularından sonra ayakta kalamasalar da, Türk anayasal ve siyasal yapılarına kalıcı olarak damgasını vuran bazı kavramların ortaya atılarak denenmesini sağlamıştır. Bu kavramların başında, sonraki gelişmelere rağmen korunan ve çağdaş Türkiye'nin önemli özgünlüklerinden biri olarak kalan laiklik ilkesi yer almaktadır; Türkiye, Fransa'yla birlikte bu ilkeye anayasasında yer veren az sayıda devletten biridir (4). Bir yandan liberal demokrasinin kademeli olarak yerleştirilmesi projesini içermesi, diğer yandan dinsel gelenekler ve sivil toplumun çeşitliliği karşısındaki ulusal devlete gereken otoriteyi tanınması (5) dolayısıyla belirsizlik taşıyan Cumhuriyet düşüncesi de, aynı ölçüde dikkate alınmalıdır. Nihayet, her türden kimlik talepleriyle karşı karşıya olan çağdaş Türk devletinin birlik ve bölünmezliğini meşrulaştırmak için uygulanan ulusçuluk da bu kavramlardan biridir.

Türk Anayasal ve siyasal kültürünün temel tartışmaları, İmparatorluğun son onyıllarında ve Kemalist dönemde ortaya çıkmıştır: Reformların gerçekleştirilmesinde ordunun ve seçkinlerin rolü, geleneksel değerlere dönüş ile sonuna kadar batılılaşma arasındaki ikilem, iktidarın kullanımını

(4) Bkz. CEMONTI No 19, 1<sup>er</sup> semetre 1995, Fransa'da ve Türkiye'de laikliğe özgülenmiş, ayrıca bkz. Jean Marcou, "La laïcité en Turquie, une vieille idée moderne" in *Confluences Méditerranée*, No 33, Printemps 2000, s. 59-71.

(5) Bkz. Jean Marcou, Füsün Üstel & Deniz Vardar, *La République en France et en Turquie*, Revue Internationale de Politique comparée de yayımlanacaktır.

meşrulaştırmak için kabul edilen siyasal temsili gerçekleştirmenin güçlüğü. Batılı anayasa hukukçusu, Türk anayasal deneyiminin eskiliğini tespit ederken, yavaş yavaş oluşan ve bu ilk öykünün gerçek anayasacılık dönemlerine pek az yer bıraktığını gösteren bir belirsizlik duygusuna kapılabilir. Bununla birlikte, pek çok batılı toplumda da, anayasacılığın ortaya çıkışının özellikle güç olduğu, deneyimlerin çeşitli olup çok sefer sonuçsuz kaldığı hatırlanmalıdır. Bizi şahsen bu ilk deneyimde en çok şaşırtan, bunun iktidarın kullanımının denetlenmesi ve sınırlanması yönündeki bir toplumsal talepten ziyade, ayrıca gelişebilmiş olan nedenlerle (İmparatorluğun ayakta kalmasını sağlamak iradesi, yeni bir ulus-devlet kurulmasına ilişkin kararsızlıklar...) bir tür siyasal moderniteyi gerçekleştirme iradesine dayanmasıdır. İlk Türk anayasacılık öyküsü, iktidarı sınırlamak arzusundan çok, büyük uluslar topluluğu içerisinde yer alabilecek yeni bir ülke yaratma iradesine tanıklık etmektedir. Ancak bu modern devlet biçiminin benimsenmesi sırasında, böyle bir seçimin siyasal sonuçlarını ölçmek her zaman için mümkün olamamıştır: Bu sonuçlar, yöneticilerin denetlenmesinin gelişmesi, yetkilerin sınırlanması ve sonunda demokrasiinin yerleştirilmesidir.

## **2. Yanılsamaların sonu: Demokrasiye ve hukuk devletine ulaşmayı sağlayacak gerçek bir anayasacılığa doğru**

Pek çoklarına göre, XX. yüzyılın ortalarına dek, Osmanlı-Türk siyasal deneyimleri anayasacı karakterleri açısından biraz ikircikli görünebilir. Bununla birlikte bu deneyimlerin, özgünlüğünü koruyan ancak batılı ülkelerinkiyle aynı aileye mensup modernleştirilmiş bir siyasal sistemin kurulmasını güvence altına alma yolundaki, bugüne dek asla yalanlanmayan iradeyi gösterdiği de tartışmasızdır. Siyasal toplumla sivil toplum arasında böylesine bir dikotominin var olduğu bir ülkede, bu deneyimler uzun süre yönetici elitin kararlı iradesine dayanmıştır. Ancak sonunda böyle bir girişimin büyüleyici bir anayasal açılımla sonuçlanmaması mümkün değildi. Koşulların zorlamasıyla, anayasacılığa ilişkin kararsızlıklar siyasal toplumu sivil toplumla karşılaşmaya itmektedir. Türkiye’de bu ilk büyük karşılaşma, XX. yüzyılın ortalarında, demokrasiye geçiş sırasında yaşanacaktı.

## 2.1 Kemalist Anayasa çerçevesinde parlamenter demokrasi deneyimi

Türkiye’de demokrasiye geçiş başlangıçta, dipten gelen bir toplumsal hareketin ya da önemli bir siyasal kopuşun sonucu değildir. Buraya dek inceleyebildiğimiz gelenek içerisinde bu dönüşüm, iktidardaki yönetici elitin başlattığı bir rejim dönüşümünün neticesidir. Gerçekten, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Atatürk’ün ardılları, hem bir muhalefet partisinin kurulmasına hem de Büyük Millet Meclisi seçimlerinin tek dereceli ve genel oy esasına göre yapılmasına karar vermişlerdir. Salt idealist bir tercihe dayanmaktan uzak olan bu karar, uluslararası (Türkiye’nin Sovyet tehdidi karşısındaki Batı blokuna girişini kolaylaştırmak) ve iç (rejime yeni bir soluk vermek) politikaya ilişkin son derece pragmatik nedenlere bağlıdır. Herhangi bir anayasa reformu yapılmamakla birlikte bu karar, 1950’de, on yıllık bir süre boyunca iktidarda kalacak olan Demokrat Parti’nin zafetine yol açmıştır. Bu demokrat onyılın temel eğilimlerinin neler olduğu bilinmektedir: Kemalist laikliğin en sivri ve militan yönlerinin tartışmaya açılması, ekonomik devletçiliğin yumuşatılması, dışa açılma yanında, gerçek bir parlamenter demokrasiyi yürütmekteki güçlükler, ifade özgürlüğüne ve muhalefete yönelik sınırlamalar.

Gerçekte, demokrat onyılın serüvenleri, anayasa tartışmalarına hız vermiştir. Bunlar, bir yandan hâlâ yürürlükte bulunan 1924 Anayasası’nın temsili rejimin işleyişini sağlamak ve temel hakları etkili bir biçimde güvence altına almak konusunda yetersiz olduğunu, diğer yandan siyasal aktörlerin anayasacılığa inanmış olmanın ve münavebe üzerine kurulu bir siyasal sistemin işleyişi için gerekli asgari oydaşmayı benimsemenin uzağında bulduklarını ortaya koymak suretiyle, Türkiye’nin daha önce içinde bulunduğu anayasal yanılsamaya ışık tutmuşlardır. Cumhuriyetçiler\*, Demokratların\*\* iktidara gelmesini önlemek için her şeyi yapmışlar, Demokratlar da, muhalefete ve basına kendilerinin 1950’den önce tâbi oldukları rejimi uygulamışlardır. Bu koşullarda anayasacı talep, daha önce Türk tarihi boyunca (özellikle "Jön Türk" devrimi öncesindeki dönem) sa-

(\*) Cumhuriyet Halk Partisi kastedilmektedir (ç.n.).

(\*\*) Demokrat Parti kastedilmektedir (ç.n.).

hip olabildiği sembolik ve militan yanı, bazı entelektüeller, bilim adamları ve askerler arasında bulmuştur. Bu insanlara göre, şayet Türkiye’de parlamenter demokrasi iyi işlemiyorsa bunun nedeni, siyasal partilerin serbestçe faaliyette bulunmasını, basın özgürlüğünü, üniversite özerkliğini ve yargı bağımsızlığını yeterince güvence altına almayan uyumsuz bir Anayasa’nın varlığı ile ulusal egemenliğin münhasıran Büyük Meclis tarafından kullanılıyor olmasının, gerçekte parlamento çoğunluğunun ve onun hükümetinin diktatörlüğüne yol açmış olmasıdır.

1960’ın ilk yarısında, üniversitelerdeki huzursuzluğun ve tutarlı olmayan ekonomi politikasından kaynaklanan krizin ortaklaşa etkisiyle siyasal durum bozulmuştur. 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinden önce yapılan öğrenci gösterilerinin, İstanbul Üniversitesi’nde bir anayasa hukuku profesörünün, artık Türkiye’de böyle bir konu kalmadığından bahisle ders yapmayı reddetmesinden sonra başlamış olması anlamlıdır.

## 2.2 Çağdaş Türkiye’de anayasallaşma sürecinin çelişkileri

27 Mayıs 1960 hükümet darbesinin Türkiye’de anayasal ve demokratik süreçlerin temel çelişkilerini düzene soktuğu tartışmasızdır. Gerçekten bu askeri müdahalenin o dönemde, ilerici bir darbe hatta bir devrim olarak adlandırıldığı bilinmektedir. Bu müdahalenin, Türkiye’nin o güne dek asla yaşamadığı en liberal siyasal rejimlerden birine yol açtığı doğrudur. Türkiye’de bir anayasa hukuku profesörleri kuşağının tamamına damgasını vuran reformcu entelektüel hareketlilik, yeni anayasanın hazırlanmasına eşlik etmiştir. Yeni anayasa metnini hazırlayanların anayasal aktüaliteyi en iyi biçimde izleyebilmeleri için dünya anayasalarının ansiklopedik bir çözümlenmesine girişilmiş; çeşitli konularda, özellikle hukuk devleti alanında bir anayasa mahkemesi kurmak ve anayasallık denetimini yerleştirmek suretiyle, üstelik bu gibi mekanizmaların bugünkü kadar güncel olmadığı bir dönemde yenileştirmeler yapılmasından çekinilmemiştir. Türkiye 1961 Anayasası ile, 60’lı yılların başından itibaren, 50’li yıllardaki başarısız başlangıçtan sonra nihayet parlamenter demokrasisini gerçekten anayasallaştırmak suretiyle bir siyasal olgunluğa erişmekte olan modern bir cumhuriyet görünümü kazanmıştır. Ancak görünüşteki bu ferahlık, Cumhuriyet tarihinde ilk kez, ordunun kışlarından çıktığını ve böylelikle Türk siyasal sisteminde oynayabileceği rolün farkına var-

dığını unutturmamalıdır. Ayrıca darbe, demokrat yöneticilerin yargılanmasına ve devrik başbakan Adnan Menderes de dahil olmak üzere içlerinden bazılarının idamına varan gösterişli bir cezalandırma süreci içermektedir.

27 Mayıs hükümet darbesi ve ondan önceki istikrarsızlık dönemi, reformcu bir elitin projeleri ile sivil toplumun yöneticilerin iradesiyle başlatılan reformları özümseme yeteneği arasındaki farkı doğrulamış, ancak özellikle Türkiye’de bir yüzyıldan uzun bir süredir var olan modernleşme sürecinin bundan böyle aldığı karmaşık biçimi göstermiştir. Zira artık bu süreç, anayasal ve demokratik olmalı, sivil toplumun rızasıyla gerçekleşmelidir. Şu halde, 1960 hükümet darbesi, anayasallaşmış temsili demokrasinin Türkiye’de tutunmasındaki güçlüğü ortaya koyacak bir dizi değişimin başlangıç noktasını oluşturmuştur.

Bununla birlikte, 50’li yıllardaki demokratikleşmenin başarısızlığını 1924 Anayasası’nın yetersizliklerine bağlayan 1961 anayasa koyucuları, iddialı bir metinle bu tepkilerini göstermişlerdir. 1961 Anayasası, yalnızca iktidarın yetkilerini aşması riskine karşı, karşı-erkler yaratmak suretiyle güvenceler öngörmemiş; aynı zamanda, yeni haklar ve özgürlükleri benimseyerek sivil toplumu özgürleştirmeye çalışmıştır. Bu anayasanın ayırdedici özellikleri, iki meclisli bir parlamento öngörmesi, bir anayasa mahkemesi kurması, bireysel ve sosyal hakların ve özgürlüklerin gösterişli ifadelerle benimsenmesidir. Burada sözkonusu olan, yeni bir topluma vücut verecek bir demokratik rejimin tesisi suretiyle, yeni bir modernleşme aşamasına geçmektir. Bununla birlikte, bu iddialı girişim, yeni istikrarsızlık dönemleri ve yeni askeri müdahalelerle (1971 muhtırası ve 1980 hükümet darbesi) sonuçlanmıştır. Bu müdahaleler, ordunun demokrasiye "ara vermek" için değil paradoksal biçimde demokrasiyi tekrar tesis etmek ya da korumak için hareket etmesi suretiyle, boşluk ve istikrarsızlık dönemlerinin sona ermesine yönelik olarak yapılmıştı. Ancak bu çevrimsel (devri) süreç, her zaman anayasallaşmış demokratik rejimi güvence altına almak iddiasında olsa da, sorunludur; zira, söz konusu askeri müdahalelerin kamu erkinin olağan işleyişini tartışma konusu yapması ve ürettiği baskı bir yana, bunlar ordunun, anayasallaşmış bir sistemde görülmemiş biçimde yer edinmesi sonucunu doğurmuştur. Bu, esas olarak, Türk Anayasal düzeni



içerisinde, önemli askeri makamların çoğunun temsil edildiği Milli Güvenlik Kurulu (MGK)'nin oluşturulması ile gerçekleştirilmiştir. Bu kurumun ulusal savunma konusunda oynadığı rol dışında, 1982 Anayasası'nın 118. maddesi uyarınca, "Kurulun, Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği, toplumun huzur ve güvenliğinin korunması hususunda alınmasını zorunlu gördüğü tedbirlere ait kararlar Bakanlar Kurulunca öncelikle dikkate alınır". Ruhu itibariyle anayasacılıkla pek de bağdaşmayan bu organın yetkilerinin sınırına ilişkin olarak anılan maddenin yazımı, her şeye rağmen belirsizdir. Bununla birlikte, 1996/97'de Erbakan hükümeti döneminde, islamcı lidere siyasal yönelimlerine ilişkin aşırı sert uyarılarda bulunan MGK'nın sahip olabileceği belirleyici etki görülmüştür.

### 2.3 Çağdaş Türk anayasacılığının durumu

Ordunun Türk anayasal ve siyasal düzenindeki kurumsallaşmış yeri, Türk siyasal sisteminin anayasal doğasını sorgulayan eleştirilerin ana hedefidir. Çağdaş dönemde anakronik görünen bu olguya iki biçimde yaklaşılabılır.

Birinci ve daha dolaysız yaklaşım, Türk anayasacılığının son on yıllarda, 60'lı yıllardaki iddialarına göre belirli bir gerileme yaşadığını gözlemleyerek, ordunun siyasetteki varlığının en temel anayasal ilkelere aykırı olduğunu belirtmektir. Bu gerileme, bilindiği gibi Türkiye'de bile çok eleştirilen 1982 Anayasası'nın çeşitli boyutlarında somutlaşmaktadır. 1961 Anayasası'ndan farklı olarak bu metin, büyük ölçüde, oluşumunda ve kararlarında ihtilafli konuların çoğu hakkında son sözü söylemiş bulunan Milli Güvenlik Konseyi'nin etkili olduğu makamlar tarafından hazırlanmıştı (6). 1982 metni, çoğunlukla 1961 Anayasası'nı yinelemekte ise de, ilkinin felsefesi diğerinkinden son derece farklıdır (7). İki Anayasa'nın başlangıçlarının okunması, bu açıdan aydınlatıcı olur. 1961 Anayasası'nın baş-

(6) Anayasa komisyonu üyelerinden birinin yazara yaptığı açıklama, Aralık 1994.

(7) İki Anayasa'nın karşılaştırmalı bir çözümlemesi için bkz. Muzaffer Sencer, "From the constitution of 1961 to the constitution of 1982" in *Turkish yearbook of human rights*, vol. 7 ve 8, Ankara, 1985-86, s. 15-72.

langıcında, "demokratik yasalar sistemi kurmak"tan ve anayasal düzeni, Ulus'un "hürriyete, adalete ve fazilete, âşık" evlatlarının uyanık bekkılığıne emanet etmekten söz edilirken, 1982 Anayasası'nın başlangıcının ilk biçiminde, yeni rejimin "kutsal Türk devletinin varlığını güvence altına almak için, kanlı bir iç savaşın" başgöstermesini engelleme iradesi ilan edilmiştir (8). Ancak daha genel olarak, haklar ve özgürlükler düzeyinde 1982 Anayasası'nın, 1961 Anayasası'nın hazırlanmasına egemen olan özgürleştirici iradede kopma gösterdiği söylenebilir. Bu anayasanın ulusal bir insan hakları yaklaşımı geliştirmeye çalışmak suretiyle, evrensel insan hakları anlayışına atıf yapmaktan neden vazgeçtiği anlaşılabilir. 1982 anayasakoyucusu için bu "millileştirme", ulaşılacak hedef olmaya devam eden evrensel anlayışa sırtını dönmekte, ancak Türk toplumunun yeterince olgunlaşacağı zamana dek bu hedefe yönelik arayışa ara verilmesini ifade etmekteydi (9). Bununla birlikte bazı Türk anayasa hukukçuları bu olgunun, Türk temel yasasını Anayasa kavramı karşısında bile desteksiz bıraktığını ve yasama çoğunluğunu, yargı organlarının yapabileceği anayasallık ve yasallık denetiminin kapsamını büyük ölçüde sınırlayarak muhalefet haklarını ihlal etmek konusunda yüreklendirdiğini savunmaktadır. Yine de, çağdaş Türk anayasacılığının daha global bir analizini yapabilmek için bu yaklaşımın ötesine geçilebilir. Daha önce yaptığımız inceleme, ordunun rolünün bugünkü anayasa metnince siyasal bakımdan kurumsallaştırılmasının, İmparatorluk'tan bu yana geliştirilmekte olan ve askeri-diplomatik elitin ülkeye kendi reform anlayışını ve kendi değişim görüşünü telkin etmek için siyasal karar alma mekanizmalarına el koymasını öngören bir tür modernleştirici uygulamanın benimsenmesi anlamına geldiğini göstermektedir. Ancak bugün bu elitin varlığı gerçek olmakla birlikte, önceki dönemlere göre daha belirsizdir; gitgide daha etkili olan bir kamuoyunun ortaya çıkışı da bunda hesaba katılmalıdır. Erbakan hükümeti döneminde, MGK aracılığıyla Erbakan'a baskı yapan askeri elit, hükümet darbesine başvurmamıştır. Buna paralel olarak, son on yıl zarfında Türkiye, Avrupa Topluluğu ile yakınlaşmasını müteakiben haklar ve öz-

- 
- (8) 23 Temmuz 1995 tarihli anayasa değişikliği ile başlangıçtaki bu pasaj kaldırılmıştır.  
(9) Anayasa komisyonu başkanının (Orhan Aldıkaçtı) yazara yaptığı açıklama, İstanbul, Aralık 1994.

gürlükler konusunda ileri adımlar atmaya rıza göstermiştir. Önce 1987'de, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkını (Sözleşmenin 25. maddesi) kabul etmiş ve Strazburg Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. Daha sonra 1993'te, bir anayasa değişikliği ile radyo ve televizyon üzerinde devlet tekeli kaldırılmıştır (10). Nihayet 1995'te, Avrupa Birliği ile yapılan Gümrük Birliği Andlaşması'nın onaylanması bağlamında hükümet, ilginç hükümler içeren (başlangıcın gözden geçirilmesi, seçmen yaşının 18'e indirilmesi, yabancı ülkelerde yaşayan Türklerle oy verme olanağının tanınması, sendika ve siyasal partilerin statülerinin iyileştirilmesi) bir anayasa reformu gerçekleştirmiştir (11). Ancak anayasa reformlarının ötesinde, hukuk devletinin iyi işlemesine yönelik olarak idare, kolluk ve yargı alanlarında somut çalışmalar gerçekleştirilmektedir. Sivil toplumun demokratikleşmenin tamamlanması yolunda daha öteye gidebilme becerisi de dikkate alınmalıdır. Anayasa ile gerçekleştirilen kurumsal reformlar (tek meclisliliğe dönüş, hükümetlerin güvenoyu almasına ilişkin değişiklikler, Cumhurbaşkanının yetkilerinin güçlendirilmesi) hükümet istikrarını yeterince sağlayamamıştır. Yine de, Türkiye'nin başkanlık rejimine yönelmesi istenmeli midir? Bundan yanlış bir şey olmaz. Bir yandan böyle bir rejim Türkiye'nin anayasal geleneklerinde yoktur, diğer yandan böyle bir seçenek siyasal güçlerin bölünmüşlüğü nedeniyle de uygun değildir. Nihayet Avrupa Birliği'ne aday üye olmak isteyen ve bunu başaran Türkiye böylece, parlamenter geleneğin egemen olduğu bir toplulukla bütünleşme özlemini ortaya koymuştur. Bu durum karşısında, Türk siyasal sisteminin istikrarına ilişkin sorunların çözümü, anayasal olmaktan çok yasal (seçim yönteminin değiştirilmesi), siyasal (siyasal güçlerin daha uyumlu olma yönünde gelişmesi, koalisyon hükümetlerinin güvenilirliğinin artması) ya da toplumsal (sivil toplumdaki değişimlerin sürdürülmesi) düzeydedir.

- 
- (10) Türkiye'de FM bandından yayın yapan radyoların ve uydudan televizyon yayınının heyecan verici gelişimini dikkate alan bu anayasa değişikliği, 8 Temmuz 1993 tarih ve 3913 sayılı Kanun'la (RG 10 Temmuz 1993) gerçekleştirilmiştir.
- (11) Bkz. 23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 sayılı Kanun. Ayrıca, bu reformdan kısa bir süre sonra Çiller hükümetinin Terörle Mücadele Kanunu'nun devletin bölünmezliğine yönelik saldırıları cezalandıran 8. maddesinde bir değişiklik yaptığı da gözden kaçırılmamalıdır.

## Sonuç

Ne olursa olsun çağdaş Türk siyasal sistemindeki kararsızlıklar, önümüzdeki yıllarda yöneticilerin karşı karşıya kalacakları, demokrasinin işleyişi, temel haklara ilişkin güvencelerin iyileştirilmesi, laikliğin geleceği, devlet reformu gibi temel sorunlar üzerindeki tartışmayı beslemeye devam etmektedir. Bu ülke yeni binyılın başında, geçtiğimiz onyıllar zarfında istikrarsızlığa ve dinsel güçlerin yükselişine yol açan belirsiz boşluk dönemlerinden geçmek suretiyle kendisini darbeler ve anayasa değişikliklerine sürükleyen kısır döngüden kurtulmak istemektedir (12). Son iki onyıl zarfında ekonomisinin liberalleşmesi ve sivil toplumunun değişimleri sayesinde derinlemesine dönüşen Türkiye, daha oydaşmacı ve daha kesin bir temsili demokrasi arayışı içindedir. Burada söz konusu olan Türklerin çoğunluğunun bağlılığını sürdürdüğü laik ulus-devletten vazgeçmek değil, bir reform ve modernleşme tutkusuyla ihmal edilen yeni bir kimlik bulma sorunudur. Doğu ile Batı arasındaki bu Cumhuriyet, süregiden ulusal ve uluslararası değişimlere meydan okuyan kendisine özgü bir siyasal sistem yaratmak zorundadır. Sınanmış anayasa kültürü ve deneyimi, kuşkusuz, bunu başarma yeteneğinin en güçlü teminatlarıdır.

Kahire, 5 Aralık 2000

Çeviren : Ar. Gör. Burak ÖZTÜRK  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Oturum Başkanı

---

Sayın Prof. Marcou'ya çok teşekkür ediyorum.

İkinci konuşmacımız, Prof. Dr. Coşkun San.

Buyurun Hocam.

---

(12) Bkz. Aydın Uğur, *Etat, religion et société civile en Turquie: la laïcité face à un projet communautariste islamiste*, CEMONTI, No 10, 1<sup>er</sup> semestre 1995; bkz. Semih Vaner ve diğerleri, *La Turquie en mouvement*, Ed. Complexe, Bruxelles, 1995.

## ANAYASA KÜLTÜRÜ İLE HUKUK ve DEMOKRASİ KÜLTÜRÜ İLİŞKİSİ

- 1- Sorunsal
- 2- Anayasa Kültürünün Temel Öğeleri ve Oluşum Koşulları
- 3- Anayasa Kültürünün Ülkemizdeki Görünümü .
  - a- Hukukun Üstünlüğü Ölçütü ve Anayasa Kültürü
  - b- Demokrasi Düzeyi Ölçütü ve Anayasa Kültürü
- 4- Ülkemizdeki Anayasa Kültürünün Niteliği
- 5- Kısır Döngüden Nasıl Çıkılır?

### 1- Sorunsal:

Öncelikle saptanması gereken gerçek, her siyasal yapıda kesinkes yetke gücünü sınırlandırmaya yönelik "kurallar"ın bulunduğuudur. Söz konusu kuralların çok belirsiz ve dağınık olmaları, kaynağını mistik düşüncelerden ya da akılcı yasalardan almaları bu gerçeği değiştirmez. Bu bağlamda önemli olan, yetke gücünü düzenleyen ve sınırlandıran normların varlığıdır ki, bunlar anayasaların kaynağını ya da doğrudan anayasaları oluşturdular (1).

Öyleyse bu aşamadaki herhangi bir toplumda "anayasa kültürü"nüün varlığından kuşku duyulamaz ve söz konusu kültür o toplumun din, gelenek, hukuk, siyaset vb. kuralları ile güzel sanatları ve toplumsal becerileri top-

(1) San, Coşkun, Toplumsal Gerçeklik ve Anayasal Düzenlemeler, içinde :  
Ekonomik Yaklaşım, Cilt 3, Sayı 7, Ankara 1982, s.2

lamı (2) demek olan temel kültür yapısından ve onun bir parçası olan siyasal kültürden ayrı bir bütün olarak düşünülemez. Başka bir deyişle, belli bir ortamdaki anayasa kültürünün çağdaş düzeyde olmadığı gerekçesiyle "yok" sayılması, bilimsel değil, tepkisel-duygusal bir irdelemedir.

İşte tam bu noktada karşımıza, anayasa kültürünün niteliğini değerlendirmeye sorunu çıkmaktadır. Kuşkusuz anayasa kültürünü çok değişik açılardan ele almak olanaklıdır ama, sağlıklı ve güvenilir bir inceleme (analiz) için hukukun üstünlüğü ve demokrasi düzeyi ölçütlerine odaklanmanın daha işlemsel olacağı ileri sürülebilir (3).

## 2- Anayasa Kültürünün Temel Öğeleri ve Oluşum Koşulları:

Tıpkı toplumsal temel kültür gibi onun bir parçası olan anayasa kültürü de, hem evrensel hem de ulusal (yerel) öğeler barındırır. Kültürün evrenselliği, benzer koşulların varlığı nedeniyle, kendiliğinden oluşan bir sürecin sonucunda ortaya çıkar. Kültürün yerelliği (ulusallığı) ise, her toplumun kendine özgü farklı koşul ve gereksinimleri doğrultusunda oluşur. Eğer bir toplumun değerler bütünü, yerel öğeleri öne çıkarıyor ve evrensel değerlerin dayandığı temel ilkeleri zedeliyor ya da tümüyle ortadan kaldırıyorsa, o zaman evrensel boyutu çok az ya da hiç bulunmayan bir oluşum söz konusudur ki, bu oluşumu gerçek bir kültür yapısı olarak tanımlayabilmek bile, bilimsel açıdan pek zordur.

- 
- (2) Kültür (ekin) kavramı, genelde felsefe ile diğer toplumsal bilim dallarını, özelde kültürel antropoloji ile kültür sosyolojisini ilgilendiren oldukça karmaşık bir konudur. Burada yapılan kültür tanımı içine teknoloji boyutunun konulmamış olması, kültürün asıl kaynağı olan toplumsal değerlerin ağırlıklı bir biçimde "inanç", teknolojinin temelini oluşturan bilginin ise, ağırlıklı bir biçimde "akıl" ögesine dayanması nedeniyledir. Kuşkusuz, bilgi ve teknoloji ile toplumsal değerler ve kültür arasında karşılıklı etkileşimler her zaman olmuştur ama, kültürü, akılcı temeldeki bilgiden çok, inanç ögesine dayalı toplumsal değerler etkilemiş ve yönlendirmiştir. Daha ayrıntılı bilgi ve özdeksel-tinsel kültür tartışmaları için bkz.: Tolan, Barlas, Toplum Bilimleri- ne Giriş, 3. Baskı, Ankara 1991, s.222 vd.; Tezcan, Mahmut, Kültürel Antropoloji, Ankara 1996, s.3 vd.
- (3) Kaldı ki, bildirinin adı "Anayasa Kültürü ile Hukuk ve Demokrasi Kültürü İlişkisi"dir ve bu başlıkla anlatılmak istenen, anayasa kültürüne başlıca bu iki ölçüt çerçevesinde yaklaşılacağıdır.

Öyleyse, çağdaş bir kültürden söz edebilmek için, evrensel ve yerel (ulusal) öğelerin belli bir denge çerçevesinde birarada bulunmaları kaçınılmazdır. Kaldı ki, çağımızda giderek gelişen toplumlararası ilişkiler ve bunun sonucunda oluşan etkileşimler, yerel kültürler içindeki evrensel öğelerin artmasına neden olmaktadır (4).

Anayasa kültürünün oluşum koşullarına ve düzeneğine gelince, öncelikle bir gereksinimin varlığı zorunludur. Daha açık bir deyişle, yetke gücünün belli bir süreklilik içinde kullanılacağı bir ortam yoksa, anayasa kültürü de oluşamayacak demektir. İkinci önemli koşul ise, birbirine benzer yinelenmelerin yer aldığı bir süreklilik (zaman) boyutudur. Üçüncüsüne gelince, bu süreklilik ögesiyle belli bir gerilim içinde olan çizgisel değişim (5) koşuludur. İlk bakışta, kültürün sürekliliği ile değişimi birbiriyle çelişen öğeler gibi algılsa da, aslında söz konusu gerilim ve etkileşim, toplumsal değerler temelinde kültürel değişimin gerçekleşmesini sağlayan en önemli et-kendir. Çünkü kültür, ayrı dönemlerde farklı hızlarda olmakla birlikte, sürekli olarak değişir ve böylece kendini farklı koşul ve gereksinimlere uydurur. Eğer kültürün tutucu yanı, değişimin geçici olarak durmasına ya da fazlasıyla gecikmesine neden olur, böylece çizgisel değişim kesintiye uğrarsa, o zaman ortaya "kültürel gecikme" çıkar ve bu durum ancak devrimsel yollardan yapılacak bir "kültür aktarımı" (resepsiyon) ile aşılabilecek bir nitelik gösterir. Demek ki, kültürel süreklilik çizgisel değişimi de içine alarak devinecek bir süreçtir ve süreklilik ile çizgisel değişim arasındaki bu duyarlı denge kurulamazsa, kültürel gecikme kaçınılmaz olur (6).

- (4) Söz konusu etkilerin, ekonomik ve kültürel ilişkiler yoluyla daha çok dolaylı, Birleşmiş Milletler gibi tüm dünyayı, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği gibi Avrasya'yı yönlendirmeye çalışan uluslarüstü birlikler aracılığıyla daha doğrudan bir biçimde ortaya çıktıkları bilinen bir gerçektir. Ne var ki, bu etkenlerin irdelenip tartışılması, bildirinin kapsamı dışında kaldığı için, ayrıntılara girilmeyecektir.
- (5) Çizgisel değişim, uzun erimli ve kökten geriye dönüşlere kapalı, değer yargısı içeren ileriye gidişlere açık bir devinim anlamındadır. Örneğin, temel hak ve özgürlükler bağlamında anayasal düzenlemeler, uzun erimli ve kökten bir biçimde geriye doğru değişiyorsa, burada anayasa kültürünü geliştiren bir çizgisel değişimden söz edilemez.
- (6) Mühlmann, W.E., Kültür, içinde: Wörterbuch der Soziologie, 2.Baskı, Stuttgart 1969, s.600 vd.  
San, Coşkun, Demokratik Siyasal Kültür ve İnsan Hakları, içinde İnsan Hakları Yılı, Cilt 16, Ankara 1994, s.5.

### 3- Anayasa Kültürünün Ülkemizdeki Görünümü:

Çağdaş anayasa kültürünün kökleri orta çağa kadar ( İngiliz anayasal belgeleri) uzanmakla birlikte, asıl önemli değişimlerin anayasacılık devinimlerini izleyerek 19.yy. başlarından günümüze dek geldikleri söylenebilir (7). Bu açıdan bakılınca, ülkemizdeki anayasa kültürünün temelinde, yazılı kaynaklar olarak, 1808 tarihli Sened-i İttifak, 1836 tarihli Tanzimat Fermanı, 1856 tarihli Islahat Fermanı, 1876 tarihli Kanun-u Esasi ve bu anayasada 1908-1909 yıllarında yapılan ileriye yönelik köklü değişiklikler, 1921 tarihli Teşkilat-ı Esasiye, 1924 tarihli Anayasa ile 1961 ve 1982 tarihli Anayasa'lar; çok sayıda Seçim, Siyasal Parti Yasaları ile Bakanlık, Yargı Organları kuruluş yasaları; T.B.M.M. nin anayasanın yorumu ile ilgili kararları; Danıştay ve özellikle 1961 Anayasa'sı ile kurulan Anayasa Mahkemesinin karar ve içtihatları, ayrıca bilimsel yayınlar bulunmaktadır. Bütün bunlara ek olarak, anayasa metninde bir tek tümce ya da madde ile belirlenen bir ilkenin, ilişkin olduğu alanın özelliğine göre sayfalar, hatta ciltler dolusu yasal işlemlere konu oluşturabileceği düşünülecek olursa (8), anayasa kültürünün doğrudan ve dolaylı yazılı kaynaklarının ülkemizde sayısal açıdan, hiç de küçümsenmeyecek bir kapsama ulaştığı söylenebilir.

Ne var ki, herhangi bir kültür olgusunun değerlendirilmesinde asıl önemli öge nicelik değil, nitelikdir. Anayasa kültürünün niteliğinin ise, başlıca "hukukun üstünlüğü" ve "demokrasi düzeyi" ölçütleri ile sınılanması olanaklıdır.

#### a- Hukukun Üstünlüğü Ölçütü ve Anayasa Kültürü:

Anayasa Mahkememizce hukuk devleti "...hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı hukuk devleti ilkeleri ve anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir." şeklinde tanımlamıştır.

(7) San, Coşkun, Anayasa Değişiklikleri ve Anayasa Gelişmeleri, 1. Baskı, Ankara 1974, s.28

(8) San, Anayasa Değişiklikleri..., s.93



Oysa, 1982 tarihli Anayasa'nın yalnızca Geçici 15. maddesi değil, kimi anayasal kurumların iç işlemleri de yargı denetimi dışında tutulmuştur. Böylece, yürürlükteki anayasaya bile aykırı anayasa normları, hem 1982 tarihli Anayasa'nın içinde hem de aykırılıkları yasaklanan diğer yasaların bağrında varlıklarını sürdürmektedirler (9).

Ülkemiz anayasa kültürünün hukuk üstünlüğü boyutunu zedeleyen asıl ürkütücü gelişme, "anayasaya karşı hile" yönteminin kurumsallaşmaya başlamış olmasıdır. Gerçekten de, özellikle 1983'ten sonra anayasaya aykırılığı açıkça ortada olan yasalar ve yasa gücünde kararname çıkarılmış, böylece yürürlük ile iptal tarihi arasında anayasaya aykırı "kara delikler" oluşturulmuştur. Anayasa kültürünün hukukun üstünlüğü boyutunun dibine konan asıl dinamit, önceki anayasaya aykırılık kararlarına karşın, yine aynı konularda hemen hemen aynı aykırılıkta yasaların ve yasa gücündeki kararname çıkarılmasıdır.

Bütün bunlara ek olarak, yönetsel yargı organları kararlarının da, Bakanlıklar, Üniversiteler hatta Belediyeler tarafından uygulanmadıkları ya da iptal edilmiş olan işlemin aynen yinelenildiği anımsanacak olursa, ülkemizde hukukun üstünlüğü ilkesinin içi boş bir kavrama dönüştürüldüğü açıkça söylenmelidir (10).

#### b- Demokrasi Düzeyi Ölçütü ve Anayasa Kültürü:

Demokrasi düzeyi ölçütü, kuşkusuz hukukun üstünlüğü kavramına oranla daha soyut ve tartışmalara açık bir nitelik gösterir. Üstelik hukukun üstünlüğü ögesi ile demokrasi düzeyi, birçok somut olayda iç içe geçtiği

(9) San, Coşkun, Türkiye-EG-Diskussion im Spiegel der inneren politischen Entwicklungen der Türkei seit 1980, içinde: Türkiye und europäische Integration, Köln 1990, s.18-19. "Anayasaya aykırı anayasa normları" kuramını ortaya atan ünlü alman anayasa hukukçusu Otto Bachof, örnek aldığı Nazi Almanyası anayasa uygulamalarının bundan böyle yinelenemeyeceği gerekçesiyle, zaman zaman ağır eleştirilere uğramıştı. Oysa "anayasaya aykırı anayasa normları"nın günümüzde bile varolabileceğinin en canlı kanıtını, ne yazık ki, 1982 tarihli Anayasa oluşturmaktadır.

(10) Benzer eğilimlerin, adli yargıda da ortaya çıkmaya başladığı gözden kaçmamaktadır. Gerçekten de kimi yasalar ya hiç uygulanmamakta, ya da kimi kişilere "farklı" bir biçimde uygulanmaktadır. Tüm bunlar, ülkemizin koyu bir yargı bunalımı içine düştüğünün açık belirtileridir.

için bu iki öge arasındaki sınırların kesin bir biçimde çizilebilmesi de son derece zordur. O nedenle demokrasi düzeyi ölçütünün, ancak her somut olayda yapılacak tek tek irdelemeler sonucunda işlerlik kazanabileceğini kabul etmekten başka bir umar bulunmadığı söylenebilir.

Bir ülkedeki demokrasi düzeyinin değerlendirilmesinde ilk çıkış noktası, evrensel demokrasinin o anda ulaştığı yer olmalıdır. Bu yaklaşım, "bize göre demokrasi" çifte standardını tartışma alanı dışına çıkararak, demokrasinin tüm kural ve kurumlarıyla ve belli bir zaman diliminde özünde tek bir siyasal rejim olduğu (11) gerçeğini dile getirir.

İkinci önemli boyut ise, anayasa ve yasalarda demokrasinin gerçekleştirilmesine ilişkin olarak yer alan ilke ve hükümlerden çok, bunların uygulamaya ne ölçüde yansıtıldıklarının saptanmasıdır. Gerçekten de, günümüzde demokratik olmadığını açıkça söyleyen bir rejim, hemen hemen yok gibidir ve tüm bu rejimlerde anayasalar ile yasalar demokrasi ile insan haklarına ilişkin düzenlemelere yer verirler. Ne var ki, demokrasi ve insan hakları açısından asıl önemli olan, onların bir tür "vitrin süsü" değil, yaşam alanlarında doğrudan kullanılabilir olmalarıdır (12).

Ülkemizdeki demokrasi düzeyine gelince; öncelikle 1982 tarihli Anayasa ile diğer yasalar, evrensel demokrasinin çağdaş düzleminin oldukça altında yer almaktadırlar. Ancak asıl umutsuzluk yaratan olgu, uygulamada

- 
- (9) San, Coşkun, Türkiye-EG-Diskussion im Spiegel der inneren politischen Entwicklungen der Türkei seit 1980, içinde: Türkiye und europäische Integration, Köln 1990, s.18-19. "Anayasaya aykırı anayasa normları" kuramını ortaya atan ünlü alman anayasa hukukçusu Otto Bachof, örnek aldığı Nazi Almanyası anayasa uygulamalarının bundan böyle yinelenemeyeceği gerekçesiyle, zaman zaman ağır eleştirilere uğramıştı. Oysa "anayasaya aykırı anayasa normları"nın günümüzde bile varolabileceğinin en canlı kanıtını, ne yazık ki, 1982 tarihli Anayasa oluşturmaktadır.
- (10) Benzer eğilimlerin, adli yargıda da ortaya çıkmaya başladığı gözden kaçmamaktadır. Gerçekten de kimi yasalar ya hiç uygulanmamakta, ya da kimi kişilere "farklı" bir biçimde uygulanmaktadır. Tüm bunlar, ülkemizin koyu bir yargı bunalımı içine düştüğünün açık belirtileridir.
- (11) San, Coşkun, Toplumda Demokratikleştirme Alanları, içinde: Anayasa yargısı, Cilt 10, Ankara 1994, s.428  
San, Demokratik Siyasal....., s.6.
- (12) San, Toplumda Demokratikleştirme..... s,413-414.

bu düzlemin bile altına düşülmesidir. Daha açık bir deyişle, demokratikliği ve meşruluğu tartışmalı olan 1982 tarihli anayasa (13), uygulamaya bu düzeyi ile bile yansıtılmamakta, toplumsal gerçeklikte insan haklarına saygılı bir demokrasi yerine, sık sık dikta rejimlerinde rastlanan işlemler görülmektedir. Demokrasi ve insan haklarına aykırılıklar, yargısız infaz, işkence, kötü muamele gibi açık; siyasal iktidarların, bürokrasinin, baskı ve çıkar gruplarının, kitle iletişim araçlarının ve özel sektörün gerçekleştirdiği hak engellemeleri gibi kapalı bir biçimde süregelmektedir (14) ve köklü bir tutum değişikliği oluşmadıkça, bundan böyle de sürüp gidecekmiş izlenimi bırakmaktadır.

Kısacası, ülkemizdeki anayasa kültürü demokrasi düzeyi açısından da, gerek anayasal ve yasal düzenlemeler gerekse bunların uygulamaya yansımaları bakımından, çağdaş evrensel düzlemin çok gerisinde bulunmaktadır.

#### 4- Ülkemizdeki Anayasa Kültürünün Niteliği;

Yukardaki çıkarsamalar, göndermeler birlikte okunduğunda, ülkemizdeki anayasa kültürünün yeterli nicelikte yazılı kaynaklara dayandığı, ancak nitelik açısından yapılan değerlendirmede, hukukun üstünlüğü ve demokrasi düzeyi bakımından, çağdaş evrensel çizginin bir hayli altında kaldığı görülecektir. Açıkçası ülkemiz anayasa kültürü uygulamada hukukun üstünlüğü ve demokrasi düzeyine değil, hukukun ve demokrasinin ağır ihlallerine dayanmakta, böylece "baskıcı" bir rejimin görmezden gelinemez izlerini taşımaktadır.

Öte yandan anayasa kültürünün üstünde yer aldığı en önemli temellerden biri olan "anayasaya saygı ve bağlılık" ögesinin de özellikle 1982 tarihli Anayasa'nın yürürlüğü süresince, "anayasayı bir kez delmekle bir şey olmaz" şeklindeki arabesk dünya görüşünün yaygınlık kazanmasıyla, iyiden iyiye sarsıldığı ve etkisini yitirdiği açıkça görünen bir gerçektir.

(13) San, Coşkun, Türkiye'de Demokrasi ve İnsan Hakları Sorunları: Avrupa Birliği ile Bütünleşme Önündeki Tek Engel mi?, İçinde: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 53, No:1-4, Ankara 1998, s.268-269

(14) San, Coşkun, İnsan Hakları Çerçevesinde Kimi Güncel Sorunlar İçinde: A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Cilt 49, No 3-4, s.380 vd.

Böylece 1982 tarihli Anayasa, ilkeleri çerçevesinde kamuoyunda saygı ve bağlılık yaratma görevini yerine getiremez hale düşürülmüş, toplumu bütünleştirme işlevinden koparılmış, tersine halkın anayasaya yabancılaştığı bir ortamın yaratıcısı olmuştur (15).

Ülkemizdeki anayasa kültürünün nitelik açısından içinde bulunduğu bu durumdan sorumlu kurumlara gelince: Bu kurumların başında hiç kuşkusuz, çağdaş hukukun üstünlüğü ve demokrasi düzeyini benimsememekte direnen siyasal iktidarlar, daha gerçekçi bir deyişle siyasal partiler gelmektedir. Kendi iç işleyişlerinde bile demokratik kuralları çalıştırmayan siyasal partilerden ise, iktidara geldiklerinde demokrasiye saygılı olmalarını, demokrasiye aykırı anayasa ve yasaları çağdaş demokrasi çizgisine çekmelerini ve özellikle toplumda vazgeçilemez bir "demokrasi gereksinimi" yaratmalarını beklemek, pek aşırı bir iyimserliktir. Bu açıdan bakılınca, ne acıdır ki, demokrasinin vazgeçilemez öğeleri olan siyasal partilerimiz için demokrasi, gerektiğinde vazgeçilebilecek bir rejimden başka bir şey değildir (16).

Böylesine umursamazlık içinde bulunan siyasal partileri, hukukun üstünlüğü ve çağdaş demokrasi düzeyine çekebilecekleri yönünde büyük umutlar beslenen kamuoyu ile onun oluşmasını sağlayan kitle iletişim araçları ve demokratik toplum örgütleri de, bağırlarından çıkardıkları, başlarına geçirdikleri ve palazlandırdıkları siyasal partilerden pek de farklı bir konumda bulunmamaktadırlar. Basın-yayın kuruluşları ile sendika, meslek odaları, vakıf, dernek gibi demokratik kitle örgütlerinin iç işleyişleri incelendiğinde, siyasal partileri saran "baskıcılık virüsü"nü bu kuruluşlara da bulaştığı, açıklıkla görülecektir (17).

Demek ki, ülkemizin anayasa kültürü, hukukun üstünlüğü ve demokrasi düzeyi boyutları açısından tam bir kısır döngü içinde bulunmaktadır.

(15) San, Anayasa Değişiklikleri....., s.141

(16) San, Türkiye'de Demokrasi....., s.271

(17) Ülkemizde, özellikle "Susurluk Kazası" ndan sonra filizlenmeye başlayan "yurttaş girişimleri", demokrasi gereksiniminin yavaş yavaş tabana yayılmaya başlaması bakımından umut verici gelişmeler olmakla birlikte, henüz yeterli güce ulaşamamışlardır. Öte yandan siyasal iktidarların bu ve benzeri demokratik gösterileri, kimi diğerlerinden farklı olarak, coplu-tekmeli şiddet ile bastırmada ne denli hevesli davrandıkları da, yaşanan bir gerçektir. San, Türkiye'de Demokrasi.....s, 268.

## 5- Kısır Döngüden Nasıl Çıkılır?

Toplumumuzun çağdaş demokrasiyi istemede henüz yeterli düzey ve güce ulaşamadığı saptaması doğru ise, geriye tek umar olarak evrensel demokrasiyi gerçekleştirmeye kararlı bir "siyasal istenç" in oluşturulması kalmaktadır. Çünkü toplumumuzun, hukukun üstünlüğü ile çağdaş demokrasiyi kendi iç dinamiklerinden çıkararak, evrimsel yoldan geliştirmiş olması bir yana, neredeyse bin yıldır baskıcı bir siyasal kültür ortamında yaşatıldığı ve bu baskıcı (otoriter) kültürü yeniden üreterek günümüze dek geldiği bilinen bir gerçektir. Öyleyse, anayasa kültürünün nitelik açısından çağdaş evrensel düzeyi yakalayabilmesi, yine devrimsel yoldan ve kararlı bir siyasal istencin varlığı ile olanaklıdır. Bu nitelikteki bir siyasal istencin atması gereken ilk adım ise, anayasa kültürünün en temel kaynağı olan anayasayı hukukun üstünlüğü ve çağdaş demokrasiyi tam anlamıyla gerçekleştirebilecek yeni bir anayasa ile değiştirmesi olmalıdır. 1982 tarihli Anayasa'nın çıkarmalar ve eklemelerle bu amaca uygun bir temel yasaya dönüştürülmesi, artık tümüyle olanaksızdır.

Bu bağlamda, hukukun üstünlüğüne ve çağdaş demokrasiye dayalı bir anayasanın en önemli güvencesinin, etkili bir norm denetimini sağlayacak anayasa mahkemesi olduğu kesinlikle unutulmamalı ve söz konusu mahkemenin yetkileri genişletilmelidir. Alman Anayasa Mahkemesinde olduğu gibi, ikinci bir kurul (heyet, daire) oluşturularak, bu kurulun yalnızca insan hakları ihlallerini incelemesi, ülkemizdeki temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması ereğiyle mutlaka sağlanmalıdır (18).

Bu düzenlemeleri izleyecek adım, "anayasaya saygı ve bağlılık" bilincinin öncelikle devlet organlarında, siyasal partilerde, baskı ve çıkar gruplarında ve kitle iletişim araçlarında, sonra toplumun tüm kesimlerinde yaratılması olmalıdır.

Anayasa kültürünü çağdaş evrensel yörüngeye yükseltecek bu tür uzun soluklu bir toplum tasarımının ise, ancak toplumun tümünü kucaklayacak bir demokratikleştirme (19) seferberliği ile gerçekleşebileceği hiç akıldan çıkarılmamalıdır.

(18) Gören, Zafer, Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti) içinde Anayasa Yargısı, Cilt 11, Ankara 1995, s.132 v.d.

(19) San, Coşkun, Toplumda Demokratikleştirme Alanları, Anayasa Yargısı, Cilt 10, Ankara 1994, s.411-428

## Oturum Başkanı

---

Sayın San'a çok teşekkür ederim.

Efendim, üçüncü konuşmacımız, Prof. Dr. Mümtaz Soysal.

Buyurun Sayın Hocam.

## Prof. Dr. Mümtaz Soysal

---

Anayasa Hukuku Profesörü

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın konuklar; anayasa nedir, anayasacılık ne demektir; onun üzerinde uzun boylu duracak değilim. Konunun başlığına daha uygun olarak, anayasacılık kültürü ne demektir, nasıl oluşur; oradan kalkarak bu kültürün önümüzdeki sorunlarına geçmek istiyorum.

Tabii "kültür" denince, Nurullah Ataç'ı anımsamadan olmuyor. Nurullah Ataç, kültürün Türkçe karşılığı olarak "ekin" demişti; tarımla ilişkisi olan, herhalde Latince kaynağından esinlenerek böyle bir sonuca varmıştı. Bir toplumda bazı şeyler ekile ekile birtakım ürünler ortaya çıkıyor. O ürünlerin ortaya çıkışı sırasında bir tarzı öğreniyorsunuz. O tarz, tıpkı çiftçinin pamuk ekininde ya da zerzevat ekininde olduğu gibi, birtakım alışkanlıklar veriyor ve o alışkanlıklar sürmek, devam etmek ve çok şeyi etkilemek durumunda oluyorlar.

Çok fazla ayrıntıya girmeden, bildiklerinizi de tekrarlama durumuna düşmeden, bizim anayasacılık kültürümüzde ilginç olan, başka yerlerden biraz farklı olan ne var, onu göstermeye çalışacağım.

Sayın Başkan Oturumu açarken, "Keşke Türkiye de Batıdaki birçok toplum gibi anayasa sorunlarını çözmüş olsaydı" diye bir söz söyledi. Aslında belki bizim anayasacılık kültürümüzün ilginç yanı, sorunları çözmek için anayasalardan yararlanmak; anayasaları başka türlü çözülmesi gereken,

başka bakımlardan incelenmesi, uğrunda çalışılması, cepheleştirilmesi, bir mücadele konusu yapılması gereken sorunları anayasalar yoluyla çözmek, belki bizim anayasacılık kültürümüzün belli başlı özelliklerinden biri ve belki de en ilginç oluyordu.

Tabii anayasacılık derken, bunu dar anlamında 1876'dan başlatmak da mümkün; ama iktidarın sınırlanması çabası ve bunun metinlere dökülmesi diye bakarsak, belki 1808 Sened-i İttifak'tan başlamak da doğru olabilir. Ancak, ona dahi baktığımızda, 1808'i anımsarsak; Üçüncü Selim düşürülmüştür, -sonra katledilecektir- ayan ortaya çıkmıştır; -yani Osmanlı'da, Avrupa'daki derebeyliği biraz anımsatan bir yapı belirmiştir- bununla çağdaşlaşmak isteyen bir iktidar çatışmaktadır. Bu çatışmayı Alemdar Mustafa Paşa, Rusçuk Ayarıyla Padişahın adamlarını bir araya getirip bir metin oluşturmakla çözmeye çalışmaktadır. Sened-i İttifak, bir anlamda bir uzlaşmadır. Bu sorunu, aslında sosyal bir sorunu, toplumdaki değişikliklerin olumsuz ya da olumlu iki yanıyla o değişikliklerin, başka türlü çözülmesi gereken değişikliklerin bir metin yoluyla çözülmesi denemesidir bir bakıma. Çok şey söylenebilir ama, ilginç olan bir yönünü söylemeye çalışıyorum.

Bu bir sosyal örnek; ama baktığımızda, yalnız sosyal konular değil, dünyayla olan ilişkilere ilişkin konularda da bu metinlerin birtakım rollerini görüyoruz. Tabii ki bu dinamizm, toplumda bazı kişilerin önyak oldukları, çok dar bir kadronun önyak olduğu bir gelişmenin de belirtisi. Ancak, bu gelişme, dış etkenden -bugün de Avrupa dolayısıyla onu biraz yaşıyoruz- müthiş etkileniyor. O dış etken, bazen o dinamizme katkıda bulunuyor; bazen doğru yönde bulunuyor, bazen onu saptırıyor, bu çok önemli. Bakıyorsunuz, 1839 Tanzimat Fermanı, evet anayasacılık tarihimizde önemli bir aşama; ama yine bakıyorsunuz, ortaya çıkışında, Mehmet Ali Paşa isyanından, ona karşı Osmanlı'nın çaresizliğinden, bu bakımdan İngiltere'nin yardımını elde edebilmek için ticaret anlaşması, arkasından İngilizlerin ve genellikle Batının istediklerini yapabilmek, Tanzimat Fermanına onları da koyma düşüncesi katkıda bulunuyor.

İslahat fermanlarının önemlisi olan 1856'ya bakıyorsunuz, tabii Osmanlı'da özellikle birtakım azınlık haklarının vesaire korunması; ama büyük ölçüde de dış baskıya yanıt verebilmek dolayısıyla yapılıyor, onu çözebil-

mek dolayısıyla yapıyor. 1876'da bile bu unsuru görüyorsunuz; devletler bastırmaktadırlar, Tersane Konferansında Osmanlılar, "İstedikleriniz yapıldı, Anayasa çıktı" diyebilmek için de anayasayı yapıyorlar. Yani bunu sadece o dış etkiye bağlamıyorum, Mithat Paşayı inkâr etmiyorum; ama onların yapılışında bu hesaplara girmemesi gereken, toplumun kendisinden oluşması gereken ya da topluma yön vermek, öncülük etmek isteyenlerin tek başına gerçekleştirmeleri gerekir diye düşünebileceğimiz davranışlar bütün bunlardan etkileniyor.

1908'e baktığımız zaman; o tabii ki Genç Osmanlılardan başlayan, Jön Türklerle devam eden, İttihat Terakkinin büyük etkisiyle olan bir atılım. Ancak, içinde Balkanlarda 19. Yüzyılda oluşmuş olan bütün anayasacılık hareketlerine de bir yanıt vermek, Osmanlıyı muhafaza edebilmek, o imparatorluğu muhafaza etmek kaygısı ortaya çıkıyor ve o noktadan itibaren, bizim anayasacılık hareketlerimizin içine dış etkilerden yine etkilenmiş olan bir unsur kuvvetli olarak giriyor. 1908, askerin büyük ölçüde rol oynadığı bir hareket. Tabii ki demokratik gelişme tarihimizde, anayasacılık tarihimizde önemli bir nokta; ama İttihat Terakkiye ve onun içindeki askerlere baktığımızda, en büyük kaygıları şu: İmparatorluk gidiyor. Abdülhamit, evet birçok şey yapıyor, ama yönetim, dolayısıyla imparatorluk dağılabilir. Onu tekrar derleyip toparlamak, hem de çok büyük bir proje olarak derleyip toparlamak. Düşünürseniz, içinden o aşamada bile 20 devlet çıkacak olan bir toplumu, çok değişik bir toplumu bir anayasa düzenine sokabilmek, 1876'dan başlayıp -çok küçük bir proje değil, ama- 1908'de bu açıkça askerin bir işi olarak da ortaya çıkıyor ve zaten Osmanlı'yı çağdaştırma için rol oynamış olan askerin kaygısı, bu defa açıkça İkinci Meşrutiyetle birlikte bir anayasa kaygısına da dönüşüyor.

Bizim anayasacılık tarihimizde bir çizgi yokmuş gibi gözükebilir, Sayın San'ın dediği gibi, zikzaklar olabilir. Hatta sarkaç hareketlerinden de söz edebilirsiniz, tepki-karşı tepki diye; ama o toplumdaki güçler dengesinin anayasacılık hareketlerini etkilemesi bakımından yine bir çizgiyi sezebiliyorsunuz. Yani bunlar olmasaydı, Osmanlı'da askerin rolü buna dönüşmemiş olsaydı, arkadan gelecek olan, Cumhuriyetin tarihini oluşturan anayasa çizgisi yine ilginçlikler göstermezdi. Asıl o noktadan başlayarak bugüne gelmek istiyorum.



1920, belki de büyük bir sıçrama olarak gözüktüyor; ama bir yerde bütün o oluşumların da sonucu. Fakat 1920 ya da 21, ilk metnine gidersek, bizim anayasa tarihimizde zannediyorum en ilginç noktadır. Hem bir çizginin sonucudur; yani milli mücadeleyi başlatanlar Osmanlı paşalarıdır ya da askerleridir, ama bir çağdaşlaşma hareketinin içinden gelmektedirler; Batıyı örnek alarak orduyu önce topundan, tüfeğinden, eğitiminden, okullarından başlayarak düzeltmeye, yenilmemek için düzeltmeye çalışmışlardır. Ancak, bu yenilgilerin özündeki gerekliliği de sezmişlerdir; yani bir rejim değişikliği gerekmektedir ve Mustafa Kemal'in dehası, zannediyorum bunu çok ustaca yapabilmiş olmaktadır.

1921 ve bir ölçüde onun devamı olan 1924 Anayasasına baktığımızda, bizim anayasacılık kültürümüzü, -Sayın Prof. Marcou'nun çok güzel belirttiği gibi- büyük ölçüde etkilemiş olan, hem daha önceki bir gelişmenin sonucu olarak, ama daha çok da ondan sonraki gelişmeleri hâlâ etkilemekte olan bir özellik olarak çok ilginç bir metindir. Bir bakıma, hani "halktan bir özlem olmadan bütün bunlar oldu" diyoruz; ama içinde o bile var, çünkü çok ilginç bir noktada ortaya çıkmaktadır. Memleket istila edilmiştir, Müslümanlık ezilmektedir; yalnız Türkler değil, öbür müslümanlar da ve buna karşı insanlar beklenti içindedirler. Gavur geliyor, içimizdekiler de ayaklandılar, gidiyor; yani son yurt da gidiyor. Bu, mutlaka dile getirilmesi ve bir şekilde de zaten dile gelmekte olan bir istektir. Çeşitli kongreler, müdafaa cemiyetleri falan; Mustafa Kemal Samsun'a çıkmadan da bu var. Belki de Onun dehası, -tabii biraz Alman tabirleri, hatta böyle Nazi tabirleri gibi falan gelebilir- o sıradaki "halkın ruhu"nu sezebilmek; yani "bu var, bu isteniyor, ben buna yanıt vereceğim." Aslında yaptığı şey, özde çok demokratikti; bir genel ulusal beklentiye yanıt veriyor ve bunu kurtuluş hareketi olarak başlatıyor. Ancak, aynı zamanda bir ihtilal; yine bütün o birikimlerin sonucunda devrilmesi gereken bir düzeni devirmek üzere çok ustaca yapıyor ve bunu anayasa yoluyla yapıyor. Yine o anlamda, hani bazı başka türlü yapılacak şeyler için anayasaların ya da metinlerin kullanılmasına benzer bir tarzda, ulusal egemenlik kavramını önce ulusal irade olarak 1921'de, arkasından 24'te açıkça ulusal egemenlik olarak ortaya koyuyor ve padişahlığı yıkıyor. Yani Fransa'da ihtilalle yapılmış olan bir şeyi milli mücadele içinde, onun gereğiymiş gibi Ankara'da bir Meclis ku-

arak; ama ustaca, son derece demokratik bir yapıyı kullanarak... Başka türlü de yapabilirdi; kolordu komutanlarıyla falan anlaşıp, işte "Milli kuruluş komitesi kurdum, askeri rejimdir, bu savaş kazanılacaktır" diye de yapabilirdi. Ancak, bütün koşulları, İstanbul'daki Meclisin lağvedilmesini vesaireyi de kullanarak demokratik bir çerçeve içine oturtuyor ve aynı zamanda da -o sırada belki fark edilmiyor, ama Onun kafasında var- devrimci Cumhuriyetin temellerini atıyor. Öyle bir anayasa çerçevesi getiriyor ve öyle bir rejim kuruyor ki, aslında belki tarihte en uzun sürmüş olan bir Jakobin dönem. Görüntü bakımından tıpkı Jakobinler gibi, Meclisler var, Konvansiyon Meclisi vesaire gibi, o çerçeve içinde çok keskin atılımlar için bu sistemi kullanabiliyor.

Baktığımız zaman, 1924 Anayasası, pekâla, hatta 1945-46'dan itibaren çok partili düzende de kullanılabilir olan bir anayasa. Mustafa Kemal, onu tek parti döneminde bol bol kullanıyor, arkasından da kullanılıyor; ama özgürleştirici bir anayasa. Yani özgürlük kavramı üzerine, ulusal egemenlik kavramı üzerine bütün ilkeleri, bütün kurumları getirilmiş. İçindeki rahatlık, ulusal egemenlik adına bir Meclisin; ama büyük ölçüde de tek partinin, toplumu değiştirmek isteyen bir tek partinin, demin kullanılan tabirle, hatta mimar değil, mühendis, toplum mühendisliği yaparak bir şeyler olacak, orasını burasını değiştirecek, toplumu değiştirmek isteyen, dolayısıyla o bakımdan da Osmanlı devrimcilerinin, -devrimci sözünü isterseniz kullanalım- onların yapmak istediklerinin devamı olan bir çizgiye de sadık kalarak bunu yapıyor. Ulusal anayasacılık kültürümüzü müthiş etkilemiş oluyor, onun için hâlâ unutmuyoruz.

Kim ne derse desin, "tek partiydi, diktatörlüktü falan filan." Evet, öyle; ama özgürleştirmek için. Alfabeyi de değiştiriyor, şunu da değiştiriyor; ulus daha çok okusun, daha kolay düşünsün vesaire... Yaptıklarına bakarsanız, hepsi özgürleştirmeye yönelik. Bir kişinin kişisel keyfi, rahatı için yapılmış değil; ama bu büyük ulusal proje için yapılmış. Eğer iyi kullanılabilseydi, eğer onun özündeki ilkelere, -metinlere demiyorum, metinler zaten orada- yani ulusal egemenlik ne demektir; "Mecliste çoğunluğu, hem de çok rahat bir çoğunluğu ele geçirdik" diye "özgürlük falan dinlemem, onları da yaparım, bunları da yaparım" mı demektir; yoksa ulusal ege-

menlik, bütün ulusun düşüncelerini seferber edebilmek, herkese bu rahatlığı verebilmek ve anayasanın özünde olan, hatta iki kere de deneyip, zamanı gelmediğini anladıktan sonra vazgeçtiği o demokratikleşme için de mi kullanılabilirdi? Türkiye bunu gerçekleştiremediği için, 1960'ta o şerit kopuyor.

Ben, 1960 27 Mayıs olduğu zaman Amerika'daydım; genç, doktorasını yapmış asistandım ve radyoda Türkiye'de bizim darbe demeye dilimizin varmadığı bir askeri hareket yapıldı haberini duyduğum zaman içim cız etti. Birkaç bakımdan; genç bir anayasacı olarak, anayasaları güçlü kılan unsurlardan birinin süreklilik olduğunu, eskilik olduğunu düşünerek. Az çok, işte 36 yıl oluyor o sırada, o kadar süre ayakta kalmış, tek parti vesaire falan, ama çok partili düzene de çerçeve olabilmüş bir metin ortadan kalkacak, arkadan yeni anayasa yapılacak sözünü duyduğum zaman daha çok endişe ettim. Çünkü Mustafa Kemal, kendisi yapmak istediğini; yani çağdaş bir Türkiye yaratmaya, çok basit, kısa bir anayasa çerçevesine oturtarak yapmak istemişti. Kendisine devrimcilik olanağını veren bir anayasa çerçevesiyle yapmaya çalışıyordu. Şimdi o deneyim bir yerde tıkandı; çünkü ulusal egemenlik yanlış kullanıldı. Ama toplumda da askerler başta olmak üzere bunun nedeni olarak -yanlış da değil- görülen birtakım şeyler vardı; cahillik, ekonomik gerilik vesaire... "Eyyvah, şimdi bütün bunlar anayasayla çözülmeye kalkışılacak" dendi ve 1961 Anayasası yapılırken, o kurucu Meclisteki Anayasa Komisyonu içinde -bilmiyorum artık, onlardan kalan oldu mu, etrafa bakıyorum ama- ilginç tartışmalardan biri buydu; "1924 Anayasası ölmüştür, bir kenara atalım, hatta çöpe atalım, yeni bir anayasa yapalım." Bir kısmımız, "Hayır, yani bir şeyleri düzeltmek lazım, ama alıp 24'ü düzeltelim." Hatta ben gelmeden, Amerika'da yazdığım, Forum'da çıkan bir yazıda, "Masum Anayasa" tabirini kullanmıştım. Yani Anayasa aslında özde masumdu, ondan dolayı olmadı bunlar. O, bu olanların kötü yanını, olumsuz olanları kolaylaştırmış olabilir; ama olumlu olabilecek şeyleri de Cumhuriyet tarihinde kolaylaştırmıştı.

İyi kullanılsaydı, bütün o yapılması gereken işler; yani toplumda yapısal değişiklikler o çerçeve içinde akıllıca kullanıldığı taktirde çok daha kolay yapılabilirdi. Ama yine işte o komisyondaki merhum olmuş bir arkadaşım

mızın dediği gibi, biraz "Çalığışu Anayasası" yapıldı yani Feride'nin topluma bakıp, nasıl Çalığışu romanında yüreği parça parça olmuşsa... biz de topluma bakıp yüreğimiz parça parça olduğu için, anayasaya ne doldurulabilirsek doldurduk; "Orman suçları affedilemez, planlama da olacak falan..." Aslında doğru kavramlar; ama Anayasanın aynı zamanda -oradan mimarlığa geliyorum- bir erdemini de inkâr etmemek lazım. 1961 Anayasası, güzel bir yapı, -ben hep o imajı kullanırım; kusura bakmayın, tekrar oluyor- sütunlar gayet güzel; ama -benden önce de söylendi- o sütunlar sağlam temeller üzerinde, sağlam beton üzerinde oturmuyor. Çünkü mimarlar yaptı, mühendislerin işi yarım kalmıştı, Cumhuriyetin gerçekleştirilmesi gereken büyük yapısal değişim tamamlanmamıştı. Yine Anayasadan gelen bir demokrasiye geçiş, belki de dünyadan gelen, Tanzimat Fermanına ya da Meşrutiyetlere benzer durumlar var; "Savaş bitti, artık demokratikleşilecek falan..." Daha sağlam bir demokrasiye gidebilmek için bazı şeyleri yapma işi yarıda kesildi ve o betonun dökülmesi anayasayla yine sağlanmak istendi. 61 Anayasasının 82'den farkı orada. O betonu dökecek olan güçlerin de toplumda oluşmasına olanak verildi. Yalnız siyasetçiler, siyasal partiler falan değil, özgürlük ortamı; "Düşünceler söylenecek, çalışanlar, o zamana kadar sürecin dışında bulunmuş olanlar sendika vesaire kuracaklar ve herşey bu özgürlük içinde olacak, toplum hep birlikte o betonu dökecek, sütunlar sağlam bir zemine oturacak." Orada tabii yalnız siyasetçiler değil, herkes siyasetçilere yüklendi; toplumun başka kesimleri de bu görevi tam olarak yapamadılar ve arkasından 82 Anayasası geldi.

82 Anayasası üzerinde uzun boylu duracak değilim, herkes bunu söyledi; ama bu arada ne oldu? Anayasanın getirmek istediği birtakım şeyler oraya konduğu için güme gitmeye başladı. Örneğin 61 Anayasası, o betonu dökecek olan gücün de, güçlerin de muhafaza edilmesini istiyordu; onlar bu defa güçsüzleştirildiler. Bugünkü 82 Anayasasına karşı, hani tepkisizlik diyoruz, daha yeni yeni oluşan bir tepki var. Unutmayalım, 10 yıl tepkisiz falan da bazı şeyler yapıldı, büyük tepki olmadan, şimdi tepki oluşuyor. Asıl o tepkiyi gösterebilecek olan 82 Anayasasının dönüştürülmesini, böyle bir anayasa ortaya çıkmasını engelleyebilecek olan güçlere de tırpan

atıldı. 82 Anayasasının öncesi iki yıl da büyük felaket, sonrası da. O bakımdan, burada onun üzerinde de uzun boylu duracak değilim.

Yeni bir anayasa düzeni gereksinmesi var. Ancak kendi anayasa kültürümüz bakımından ve siyasal yapımız, sosyal yapımız bakımından kritik nokta; bunu kim yapacak? Maazallah, bugünkü Meclis yapmasın diyeceğim. Yalnız "partiler tam temsil etmiyor" falan demeyeceğim, temsil ediyor olsalar bile, Meclis anayasa yapma konusu tartışılmadan kuruldu; Apo falan konuşuldu, "bu Meclis yeni anayasa yapacak" diye toplantılar yapıldı, "içine ne konulsun, nasıl olsun, acaba işçi ne der, üniversite ne der, yargı organları ne der.." Onlar bir Danışma Meclisinde sureta bir araya getirildi; ama toplumdan gelen özlemleri, hatta o özlemlerin gerisinde ne yapılması gerektiğini topluma bakarak oluşmuş anayasa tezleri, onların çatıştığı, onların ortaya konduğu, tartışıldığı bir seçim döneminden geçilmedi. Kaldı ki, o tabii bizim siyasal, sosyal yapımızın gereği, bugünkü Mecliste toplumdaki bütün güçler var mı? Belli bir eşiği ya da yüzdeyi aşabilmiş olan partiler var, onların yapısı biraz önce belirtildi; nasıl yapılar olduğu, onların kendi tabanlarını temsil niteliği dahi tartışıldı ki, onların bulunduğu yerdeki yani Meclis'teki temsil niteliği tartışılır olarak nasıl kalmasın.

Biraz önce "Anayasaya karşı hile" kavramı kullanıldı; ama şimdi yavaş yavaş anayasayı hiçe sayma da ortaya çıktı, "Bir kere ihlal edilirse ne olur" dendi. Anayasada yine yapılmış bence yanlış bir değişiklik dolayısıyla, Anayasa değişikliklerinin denetimi çok zayıflatıldı, sadece usule indirgendi. Oysa daha önceki dönemde, "Anayasanın temel ilkelerine uygunluk denetimi" gibi bir şey vardı, 71 öncesinde vardı hiç olmazsa, o güme gitti. Bir taraftan "ulusal yargı, ulusal egemenlik" diyen bir anayasa; ondan sonra da "uluslararası tahkim" diyen ve bunu neredeyse her konuya yayan bir anayasa. Anayasanın çeşitli yönleri arasında bu yüzden tutarsızlıklar oluştu, bu birinci nokta.

Sayın Başkan, ikinci nokta daha önemli, belki başka vesileyle onu uzun boylu tartışmamız gerekir, hatta iki nokta: Birincisi, Türkiye küreselleşme düşüncesinin bombardımanı altında; sanki yeni bir şeymiş gibi, sanki dünya daha önce hiç küreselleşmemiş gibi. Yelkenli geminin bulunuşun-

dan beri dünya küçülüyor, hâlâ küçülüyor. Kim bilir, telgraf, telefon falan keşfedildiğinde insanlar ne kadar şaşırıldı; "artık dünya küçüldü" falan dediler. Şimdi daha da küçüldü; çünkü teknoloji çok hızlı gidiyor. Yani küreselleşme yeni olay değil ki, dünya bir bütün; bunun karşısında böyle şaşırıp kalmak ve bununla ilgili olarak ne söyleniyorsa, hepsini de "küreselleşmenin sonucudur, gereğidir" diye kabullenmek, bugünün en büyük faciası. Yani bu bombardıman altında bazı şeyler bize evrenselmiş gibi yutturuluyor. Ne münasebet; yani serbest piyasa ekonomisi niçin evrensel bir kavram olsun? Başka türüsü de evrensellik olarak iddia edildi; evet o düşünce yenildi, ama başka evrensellik iddiaları da çıkacaktır ve insanlığı bir gün başka evrenselliklere, yahut evrensellik iddialarına götürecektir. Bunun karşısında teslim olmak, pasifleşmek, edilgen olmak yanlış. Bu bombardıman altında ve siyasal kadroları daha az çok etkileyen bu bombardıman altında yapılacak olan Anayasa değişikliğinden hayır gelebilir mi?

Küreselleşme bir tarafa, bunun bir parçası olarak bir de Avrupa var şimdi, Avrupa Birliği... Sayın Prof. Stern, konuşmasında çok ilginç bir şey söyledi. "Avrupa Birliğine gireceğiz..." Ne zaman gireceğimiz belli değil; bana sorarsanız, "girmeyeceğiz" dememek için, "almazlar" dememek için, o kadar kesin söz söylememek için, en azından çok kuşkulu olan bir gelecek için kendimizi bugünden seferber edip "Avrupa bunu da ister, onu da ister, onu yapmazsak giremeyiz" diye bir telaş içindeyiz, hemen "Katılım Ortaklığı Belgesi de tamam olsun" falan diyerek... Nedir, yani yapılan doğru mudur, söylenen doğru mudur? "Azınlıkların korunması" diyorlar. Ne münasebet, yani biz Fransa'dan almışız, yine Avrupa'dan almışız; "hayır, ulus yaratacağız" diyoruz, "etnik köken bizi ilgilendirmez" diyoruz, bu kadar şeyde, azınlık kavramı yanlıştır diyerek işe başlamışız.

Tabii bunları söylerken, öbür doğru olanları, gerçekten bizim Tanzi-mat'tan beri yapmaya çalıştıklarımızı da bir tarafa atıyor değilim. Ancak böyle buna benzer noktalarda kendimizi Avrupa'ya beğendirmek için kendi bağımsız düşüncemizi ipotek altına kendi elimizle sokarak, bir anayasa yapmaya doğru gitmek, belli ki bizi yanlışlara götürecektir. Prof. Stern dedi ki, "Pekala bağdaştırılabilir, sizin kendi anayasal düzeninizde vazgeçmeyeceğiniz, vazgeçilmesini kabul edemeyeceğiniz şeyler varsa, 'Alman Ana-

yasasından, Alman Anayasa Mahkemesinin içtihadından örnek verdi'- bunu istenenlerle bağdaştırmak mümkündür, hatta bunun kavgasını vermek mümkündür." Bizim çıkıp Avrupa'ya, "Yanlış yapıyorsunuz, bu doğru değildir, sizin başınıza da bela açacaktır" diyebilmemiz lazım. Ancak bu edilgenlik altında ve biraz bütün o Tanzimat'tan beri gelen dış etkinin gereksiz ağırlığı altında yanlışlar yapabiliriz. Ben, ille göz önünde bulundurulmasın demiyorum; ama Avrupa özleminin gereksiz ağırlığı altında yanlışlar yapabiliriz. Onun içindir ki, yeniden anayasa yapma konusu çok çok ciddi bir konudur, bu gibi toplantılarda uzun boylu tartışılması gerekir ve toplumun bütün kesimleriyle sivil toplum anlayışı içinde tartışılması gerekir.

Sivil derken, ilginç olabilecek bir şey söyleyeyim: Bugüne hazırlanırken okuduğum şeyler arasında, İstanbul Hukuk Fakültesinin çıkardığı armağanlardan birinde, galiba Murat Sarıca rahmetli dolayısıyla çıkarılmış bir armağanda Mesut Önen'in -o zaman doçentmiş- yazdığı bir şey var. Papa Pius 9, 19. Yüzyılın ortalarında Roma'dan kovulmuş. Napoli'ye gidiyor, orada yayınlar yapıyor ve kurduğu derneğin adı da "Civilita Catolika", yani -sivillik diyelim de şimdi, artık izah edeceğim- yurttaşlık, bir şeyi birlikte yapmak, o başlık altında bir dernek kurmuş. Orada 1876'da Osmanlı'nın yaptığını, Abdülhamit'i göklere çıkarıyor; "müthiş bir şey yaptı, Meclis kurdu, bu Türkler de eskiden beri güzel şeyler yaparlar" falan diye göklere çıkarıyor. Orada kullandığı o terimden kalkarak sivil demek, aslında öyle asker olmayan falan değil, hatta hükümet olmayan, resmi olmayan falan da değil, bir yurttaşlığı paylaşmak demek, bir yurttan birlikte oturmanın paylaşımı demek, onun için ses çıkarmak, ona katılmak demek. O anlamda bakarsanız, bazı tartışmalar gerçekten çok gerekli tartışmalar, tartışılması gereken tartışmalar. Niye bütün bu süreçten üniversiteyi resmi olduğu için dışlayacaksınız, niye yargı organlarını resmidirler diye dışlayacaksınız? Hatta niye orduyu dışlayacaksınız; onun da görüşü var, hatta bu Cumhuriyeti kurmuş olarak o da diyecek ki, "Cumhuriyetin temelleri laikliktir, şudur budur..." Arada yanlışlar da yapacak, belki muazzam yanlışlar, bazılarımızın başına düşen yanlışlar yapacak; ama o da sesini çıkaracak, o da katılacak buna. Bütün toplum katılacak, özellikle çalışanlar; o milyonlarca insan, onlar katılacak, bu tartışmayı yapacağız, ondan sonra bu anayasa. Yoksa bugünkü siyasal güce bıraktığımızda, onların

şimdiye kadar yaptıkları ortada. Tabii ki "oradaki çaba bırakılsın, vazgeçilsin" falan demiyorum, orada da devam etsin, onlar da sivil toplum parçası, hem de önemli bir parçası; ama hep birlikte bu yapılacak, ondan sonra. Onun için ne yapmak gerekir; bu tartışma yüzünden asıl yapılacak işleri yine tarihte olduğu gibi yapamayabiliriz. "Biz nasıl olsa anayasayı yapacağız, iyi anayasa yapınca da zaten her şey yoluna girecek" düşüncesi yerine; yapacaksak, onun örgütlerini kuralım, partilerini kuralım, o mücadeleyi yapalım, onun için ağırlıklarımızı koyalım, anayasa da bunun için çerçevesi olsun. Hatta bu açıdan bakarsanız, yine 24'e; yani daha doğrusu "Çerçeve Anayasa denilen, içinde rengi az olan, ama bir şeyi yapmak isteyenlerin rahatça, insanca yapabilmelerini sağlayacak -haklar, özgürlükler, Anayasa Mahkemesi de dahil- bir anayasa kuralım, içine ormandı, göldü, şuydu buydu, onları koymayalım. Kültürümüz, belki böyle bir anayasa felsefesine varabilir diye düşünüyorum.

Çok teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

Çok teşekkür ediyorum.

Efendim, değerli konuşmacılarımıza çok teşekkür ediyorum. Tabii bir siyasetçi olarak en azından çok kısa bir şeyler eklemekten de bu toplantıyı bitirmek istemiyorum.

Değerli misafirler; siyaset müessesesi ve siyasetçi her zaman toplumun önündedir. Siyaset ve siyasetçinin hiç günahı olmadığını falan ifade etmek istemiyorum; siyaset kurumu, Türkiye'de bugüne kadar siyaseti yapan siyasetçilerle tabii ki belli sorumlulukları almış, bazılarını yerine getirmiş, bazılarını yerine getirememiştir. Bunlar hepimizin gözleri önünde cereyan eden olaylardır. Ancak, şu gerçeği kabul etmeden ve Türkiye'de siyasete ve siyasetçiye olan ihtiyacı ortadan kaldırarak, siyaset kurumunu ve siyasetçiyi karalayarak Türkiye'de bir yere varmanın da mümkün olmadığını düşünüyorum. Eğer Türkiye Cumhuriyeti partiler demokrasisiyle, serbest ve



hür seçimlerle oluşacak Türkiye Büyük Millet Meclisi ve onun çıkaracağı hükümetlerle idare edilecekse; -ki edilecek- siyaset kurumu ve siyasetçi, demek ki ülkenin vazgeçilmezleridir. Bu gerçeği hepimizin peşinen kabul etme zorunluluğu vardır.

Şunu hiç unutmayalım: Bu ülkede her iki askeri müdahalenin sonunda da devletin yönetimine el koyanlar, bu ülkeyi yönetmek için nasıl ve ne şekilde kurulmuş olursa olsun, nasıl teşekkül ettirilmiş olursa olsun, 1960'da Kurucu Meclis, 1980'de de Danışma Meclisi adı altında mutlaka bir Meclise ihtiyaç duymuşlardır. Bugünkü anayasal düzenimiz içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi, işte bu gereği yerine getirmektedir.

Sayın Hocam biraz önce ifade etti; "anayasa değişikliğini kim yapacak?" Anayasa değişikliğini bir daha Türkiye'de kurucu meclisler yapmayacak, danışma meclisleri de yapmayacak. Anayasa değişikliği eğer yapılacaksa, -ki yapılacak, böyle bir zorunluluk vardır, hep bunu ifade edegeliyorum- Türkiye Büyük Millet Meclisi yapacak, bu milletin seçtiği meclis yapacak. Beğenirsiniz veya beğenmezsiniz; eğer beğenilmiyorsa, Türkiye'de siyasi parti kurmaktan daha kolay bir yol yoktur. Sayıyı sağlarlar, İçişleri Bakanlığına dilekçeyi verirler. Millet, sizi parti içi demokrasiyi uyguladınız veya uygulamadınız falan, o zaman bakar; sandığa gider, tercihlerini kullanır, o zamanki Türkiye Büyük Millet Meclisinin yapısı da o şekilde oluşur. Ancak, bugün milletin oyuyla gelmiş Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu memleketin en yüksek merciidir. Dolayısıyla bugün Türkiye'de bu anayasa değişiklikleri yapılacaksa eğer, -ki, yapılma zorunluluğu vardır- bunun yapılacağı yer Türkiye Büyük Millet Meclisidir.

Değerli hocalarıma katılıyorum; katılımın son derece yüksek olmasının tabii ki böyle bir toplumsal mutabakat metninin ortaya çıkması konusunda çok önemli olduğuna da inanıyorum. Zaten yapmış olduğumuz çalışmanın içinde, gerek üniversitelerimizle, gerek sivil toplum örgütlerimizle her türlü dayanışmanın içinde bu çalışmalarını yürütüyoruz. Konuşmanın başında da ifade ettim; Türkiye'de anayasa değiştirmek meselesi, hükümetin falan meselesi değildir, bu bizatihi her bir milletvekilinin ve her bir milletvekilinden oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisinin görevidir. Bu sıkıntıyı sizlerle paylaşmak için konuşmamın başında söyledim. Bugün Türkiye'de

anayasa değişikliği yapılmasına hükümetler müdahale ediyor; bunu içimize sindiriyoruz da, milletin oyuyla seçilmiş Türkiye Büyük Millet Meclisinde hakiki milletin temsilcilerinin yapmış olduğu anayasayı mı içimize sindiremeyeceğiz? Onun için, seçilmişlere ve Türkiye Büyük Millet Meclisine sahip çıkmak gibi, bugün Türkiye'deki her kurumun mutlaka yerine getirmesi gibi bir zorunluluk vardır. Bu müesseseyi kınayarak, bu müesseseyi yok farz ederek Türkiye'nin bir yere gitmesi de mümkün değildir.

Bu toplantıyı düzenleyen Barolar Birliği Başkanımız başta olmak üzere, değerli çalışma arkadaşlarına tekrar çok teşekkür ediyorum, değerli konuşmacılarımıza çok teşekkür ediyorum, hepinize saygılar sunuyorum.

İKİNCİ GÜN

BİLDİRİLER

BİLDİRİ I

"EKONOMİK, SOSYAL ve KÜLTÜREL HAKLAR"



**Oturum Başkanı:**

**Prof. Dr. Anıl Çeçen** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Sunuş**

**Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu** (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Tartışmacı**

**Prof. Dr. Mesut Gülmez** (Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü)

## Sunucu

---

Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlediği Anayasa Hukuku Kurultayı'na hoş geldiniz.

Bugünkü ilk toplantımızın başlığı, "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar." Bu toplantıyı, Ankara Üniversitesi'nin değerli öğretim görevlisi Sayın Prof. Dr. Anıl Çeçen yönetecektir.

Şimdi değerli konuşmacılarla birlikte bu ekonomik, sosyal ve kültürel haklar konusundaki toplantıyı yönetmek üzere Değerli Hocamı kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Sayın Hocam.

## Prof. Dr. Anıl Çeçen

---

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli konuklar, değerli hukukçular, Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlemiş olduğu Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı'nın ikinci gününe hoş geldiniz.

Dün açılış günüydü, bugün haklar günü. Sabah ki Oturumda önce ekonomik, sosyal, kültürel haklar ele alınacak, daha sonra yeni gelişmeler ve üçüncü kuşak haklar üzerinde durulacak. Öğleden sonraki Oturumda ise temel haklar ve özgürlükler ele alınacak; yani bütünüyle hakların ele alınacağı bir gün olarak düşünülmüş.

Sabah ki Oturumda ilk olarak ekonomik, sosyal ve kültürel hakları ele alıyoruz. Burada sunuşu yapacak olan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu'nu kürsüye davet ediyorum ve aynı konuda tartışmacı olarak da Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Öğretim Üyesi Prof. Dr. Mesut Gülmez'i de davet ediyorum.

Her iki konuşmacıyı tanıtmaya gerek var mı, bilmiyorum. Sayın Kaboğlu, Türkiye'nin önde gelen anayasa hukukçularından; Marmara Üniversitesi Öğretim Üyesi ve son yıllarda daha çok haklar üzerinde çalışıyor. Kendisinin bu konularda çeşitli kitapları ve araştırmaları var. Bugün de ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak sunuşu bize Sayın Kaboğlu yapacak. Sayın Gülmez ise, sosyal siyaset uzmanı ve daha çok iş hukuku sosyal siyaset konusunda çalışmalarını tanınıyor. Kendisi de bu konuyu tartışacak ve tartışmacı olarak görüşlerini dile getirecek.

Konuşmalara geçerken şunu vurgulamak istiyorum: Sabah ki Oturum iki bölümden meydana geliyor ve ikinci bölümde konuşmacı sayısı fazla; o nedenle sunuşları 20 dakikayla yarım saat arasında rica ediyoruz. Tartışmacının da katkıları olacak ve sizlerin de soruları olursa, onlara da zaman ayırmak istiyoruz. Yalnız, sorusu olanların yazılı olarak sorularını Başkanlığa iletmelerini öncelikle rica ediyoruz, zamana çok dikkat etmek zordur.

Söz Sayın İbrahim Kaboğlu'nun; buyurun efendim.

## **Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu (\*)**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **EKONOMİK, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR**

#### **I- İNSAN HAKLARININ EVRİMİNDE BELİRLEYİCİ AŞAMA**

**A) DEVAM EDEN BİR SÜREÇ**

**B) ÇATIŞMA MI, TAMAMLAMA MI?**

#### **II- GENİŞ BİR YELPAZE**

**A) İKTİSADİ ÖZGÜRLÜKLER**

**1) Mülkiyet hakkı**

**2) Girişim özgürlüğü**

(\*) M. Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı.

**B) SOSYAL HAKLAR**

- 1) Çalışma hakkı
- 2) Sosyal güvenlik hakları
- 3) Toplu sosyal haklar
  - a) Sendika özgürlüğü
  - b) Grev hakkı
  - c) Toplu sözleşme hakkı ve toplu görüşme
  - c) Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye

**C) KÜLTÜREL HAKLAR**

- 1) Eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğü
- 2) Sanatsal yaratma özgürlüğü
- 3) Toplumsal iletişim özgürlükleri
  - a) Basın özgürlüğü
  - b) Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü (GİİÖ)

**III- SINIRLAMA VE GÜVENCELERİ**

**A) ANAYASALARDA İKTİSADİ, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR**

- 1) Açık tanıma yokluğu
- 2) Açıkça tanıyan Anayasalar

**A) ULUSAL-ÜSTÜ ALANDA**

- 1) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASS)
- 2) Uluslararası ölçekte

**DEĞERLENDİRME**

Kurultay başlığı, konuyu anayasal düzeyle sınırlı kılmaktadır. İktisadî, sosyal ve kültürel (İSK) hak ve özgürlüklerin genel olarak insan hakları (İH) içerisindeki yerini belirlemek için, öncelikle insan haklarının evrimci özelliğine değinmek gerekiyor. Bu yaklaşım, İSK hakların insan hakları sistematigindeki yerini de ortaya koyacaktır (I).

İH sistematigi içerisinde özgül konumu, İSK hakların kendi aralarında türdeş bir yapı gösterdiği anlamına gelmemektedir. İktisadî, sosyal ve kültürel olmak üzere ortaya çıkan üç alt kategorinin her biri, kendine özgü rejimi de beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, İSK hakları ayrı ayrı ele almak, bir yandan bunların özgül niteliklerini belirleyecek; öte yandan, bu hak ve özgürlükler yelpazesinin çizelgesini oluşturacaktır (II).

Söz konusu farklılaşma, İSK hakların ortak hukukî rejiminin araştırılmasına engel değildir. Ortak sınırlama ve güvence ölçütleri, inceleme konusu hak ve özgürlüklerin sadece ulusal düzenlemelerle dengeli bir biçimde uygulamaya konmasının güçlüğü ve ulusal-üstü belge ve mekanizmalara gereksinimi ortaya koymaktadır (III).

### **I- İNSAN HAKLARININ EVRİMİNDE BELİRLEYİCİ AŞAMA**

İnsan haklarının evrimci özelliği, hak ve özgürlüklerin devam eden süreç olarak dinamik bir yapıya sahip olduğu anlamına gelir (A). Yeni haklarla mevcut olanlar arasında nasıl bir ilişki ortaya çıkmaktadır? Sürekli bir çarpışma mı, yoksa tamamlama mı söz konusudur? (B).

#### **A) DEVAM EDEN BİR SÜREÇ**

İnsan haklarının düşünsel ve tarihsel kaynakları ilk çağlara gitmekte ise de, XVII. ve XVIII. yüzyıllarda doğan "tabii hukuk" akımı ile "bireycilik öğretisi" (1), kişi özgürlükleri ve siyasal hakların kuramsal verilerini sağlamışlardır. Feodalite-burjuva çelişkisi sonucu doğan hak ve özgürlükler, büyük düşünce akımlarının da etkisiyle, döneminin İngiliz-Amerikan ve Fransız Haklar bildirgelerinde yer alarak hukuk düzeninin yapı taşları haline geldiler. Adı geçen bildirgeler üzerinde siyaset ve hukuk felsefesinin katkısını şu dört "okul" ya da kuram ifade eder: Doğal hukuk, toplum sözleşmesi, fizyokratlar ve erkler ayrılığı.

XIX. yüzyıl Anayasaları, ticaret ve sanayi burjuvazilerinin elde ettikleri toplumsal, iktisadî ve siyasal kazanımları hukukileştirdiler (2). Günümüzde I. kuşak İH olarak adlandırılan kişi özgürlükleri ve siyasal haklar, Amerikan ve Fransız devrimlerinden doğmuşlardır (3).

(1) Bkz. M. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 5. bası, AÜHF yay., Ankara 1976, s. 17-29, 30-40; B. Savcı, *İnsan Hakları (Kanunilik Yolu ile Korunması)*, AÜSBF yay., Ankara 1953, s. 4 vd.

(2) B. Tanör, *Anayasa Hukuku'nda Sosyal Haklar*, May yay., İstanbul 1978, s. 45.

(3) E. - R. Mbaya, "The Compatibility of Regional Human Rights Systems with International Standarts", in *Human Rights in Perspective (A Global Assessment)*, Ed. By Asbjorn and Eide - Bernt Hagtvet, 1992, s. 68.

XIX. yüzyılda *eşitlik* ve *özgürlük* herkese tanınmış idiyse de, bunlardan sadece küçük bir zümre yararlanabiliyordu. İşçi sınıfı, sanayi devrimiyle birlikte bu ortamda doğdu ve toplumsal muhalefeti oluşturmakta gecikmedi. Çalışan kesimlerin XIX. yüzyılın ikinci yarısında şiddetlenen mücadelelerinde, özellikle siyasal haklar ve iktisadî talepler ön plâna çıkıyordu. Bunların başlıcaları, seçme, seçilme ve siyasal örgütlenme hakları, çalışma olanaklarının düzeltilmesi, iş olanaklarının yaratılması, toplumsal güvenliğin sağlanması, sendika ve grev haklarıdır (4).

Siyasal haklar uğruna verilen mücadele ile sosyal haklar savaşımı aynı kaynaktan doğuyordu. Bu, iktisaden güçsüz durumdaki sınıfların siyasal ve toplumsal *eşitsizlik*'lere karşı tepkisi olarak nitelenir (5).

Sendikacılık hareketi, işçi yığınlarının haklarını topluca korumak amacıyla örgütlenmeye başlamaları ile doğmuş ve gelişmiştir. İşçi sınıfının siyasal parti biçiminde örgütlenmesi, sosyal haklar ve sendikal özgürlükler mücadelesini güçlendirmiştir (6).

Marksizm ve sosyalist düşünce akımları ile pozitivist hukuk doktrini, biçimsel özgürlükler olarak niteledikleri burjuva özgürlük anlayışını sistemli bir biçimde eleştirmiş, onun halk kitleleri için yetersiz olduğunu ortaya koymakla bireyci özgürlük öğretisinin değişmesine katkıda bulunmuşlardır.

Marksist öğretilere göre, "*biçimsel özgürlükler*", toplumsal ve iktisadî eşitsizlikleri maskeleydikleri ve sonuçta bunlara hizmet edip dayanak oluşturdukları için tehlikelidirler de. İşte Marksizm, belirtilen nedenlerle bu biçimsel özgürlüklerin karşısına "*gerçek*" özgürlükleri; bir işe giriş, uygun bir yaşama ulaşma ve daha geniş olarak toplumsal "*yabancılaşma*" karşısında gerçek bir bağımsızlığı elde etme özgürlüklerini çıkarır.

(4) Bkz. ve krş. Démichel – Piquémal, *Pouvoir et libertés*, (Essai de typologie des libertés dans le capitalisme monopoliste d'Etat), Ed. Sociales, Paris 1978, s. 165-172; Tanör, *Anayasa Hukuku'nda ...*, s. 66.

(5) Krş. Tanör, *a.g.e.*, s. 66.

(6) Krş. E. Teziç, *Siyasi Partiler* (Partilerin Hukukî Rejimi ve Türkiye'de Partiler), Gerçek yay., 1976, s. 23. Ayrıca bkz. İ. Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, DÜHF yay., Diyarbakır 1989, s. 44, 49.



Eşitlik ekseninde özgürlüklerin toplumsallaşması, bir yandan emekçi sınıfların mücadelesinde, öte yandan sosyal devlet kavramında anlam kazanır. XIX. yüzyılın ortalarından itibaren hukukça tanınmaya başlayan sosyal ve kültürel haklar, XX. yüzyılın başında Anayasalarca (1917 Meksika, 1919 Almanya, 1924 Sovyetler Birliği) düzenlenecektir (7). Sosyal hakların yaygın biçimde tanınması ve sosyal devletin kurulması, İkinci Dünya Savaşı sonrası Batı anayasacılığının belirgin özelliğidir. II. kuşak İH bu şekilde ortaya çıkmıştır.

XX. yüzyılın ikinci yarısında, “*dayanışma hakları*” adı verilen III. kuşak hakları doğuran etmenlerin başında, bilimsel ve teknik ilerlemeler bağlamında ortaya çıkan sorunlar yer alıyor. Bunlar kısaca, toplumsal ve uluslararası dengesizlik ve çatışmalar; savaşla barış çelişkisi, silah üretim aygıtları ve uluslararası çıkar-sömürü düzeni; sınai ve teknolojik ilerlemenin çevrede yol açtığı zararlar şeklinde belirtilebilir. XX. yüzyılın son çeyreğinde uluslararası İH belgelerinde ve Anayasalarda çevre, barış ve gelişme haklarının öngörülmesi, değinilen etmenlerin sonucudur (8).

*Uluslararası alanda İSK hakların yeni bir İH kategorisi olarak geliştirilmesi fikri, Birleşmiş Milletler Şartı’nda görülmektedir. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ise, 22-26. maddelerinde bu kuşakta yer alan hakları açık biçimde ilân edecektir:*

*“Herkesin, toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenliğe hakkı olduğu gibi, onuru ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ... sağlanmasına da hakkı vardır.” (m. 22).*

---

(7) Toplumsal etmenler olarak, “*İhtisadi, toplumsal ve kültürel hakların Meksika ve Rus Devrimlerinden kaynaklan*”dığı da öne sürülmektedir (Mbaya, “The Compatibility of Regional Human Rights ...”, s. 68).

(8) Özellikle son on yılda tıp alanında kaydedilen ilerlemeler, XXI. yüzyılın başında yeni bir insan hakları kuşağından söz etme derecesinde hızlı olmuştur. Biyotıp bilimindeki gelişmenin insan haklarını tehdit edici yönlerini dengelemek ve önlemek amacıyla IV. kuşak İH önerisi için bkz. S. Marcus – Halmons, “La quatrième génération des droits de l’homme”, in *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage Pierre Lambert, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 549-559.

Bildirge; herkesin çalışma, işsizliğe karşı korunma, adil ve tatmin edici bir ücret hakkını (m. 23), herkesin kendi sağlık ve huzuru ile ailesininkini sağlayarak uygun bir yaşam düzeyine ... sahip olma hakkını (m. 25), herkesin öğrenim hakkı (m. 26) vb.'ni düzenlemektedir.

*"İktisadî, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktı"*, büyük ölçüde II. kuşağa denk düşen hakları öngörmektedir. Pakt'ın 11. maddesi, İHEB'in 25. maddesinden esinlenmiştir (9):

*"Bu Pakt'a taraf Devletler, her kişinin kendisi ve ailesi için, yeterli beslenme, giyecek, konut dahil, yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı ve ayrıca yaşam koşullarını iyileştirme hakkını tanırlar ..."*

Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda ilk örneklerini 1917 Meksika, 1919 Almanya ve 1924 Sovyetler Birliği anayasalarının sunduğu yeni kuşak, İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasalarında yaygın biçimde tanınacak ve düzenlenecektir. Bu doğrultudaki gelişmeler, *"Sosyal Devlet"* ya da *"Refah Devleti"* fikir ve hedefine koşutluk gösterecektir. Burjuva özgürlükleri çerçevesinde ortaya çıkan iktisadî hak ve özgürlüklerin ikinci kuşağa eklenmesi, Devlet anlayışındaki değişimin bir sonucudur. Devletin iktisadî hayatı düzenleme ve denetlemesi, iktisadî özgürlükleri dönüşüme uğratmış, bunlar içerisinde en köklü değişim mülkiyet hakkında gözlenmiştir (10).

Alman hukuk kuramcısı G. Jellinek'in *"pozitif statü hakları"* olarak nitelendirdiği İSK hakları, Fransız hukuku *"droits de créances"*, *"droits à ..."* deyimleriyle karşılaşmış; Türkçe'de özneler açısından *"isteme hakkı"* muhatap için *"edimde bulunma ödevi"* şeklinde ifade edilmiştir.

Kısacası, *"kapitalist özgürlükler ve Marksist haklar yoktur, fakat insan hakları vardır, bunlar insan onuruna uygun bir yaşam sürdürebilmek amacıyla herkesin yararlanabilmesi gereken haklardır"* görüşü (11), İH

(9) Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca 16 Aralık 1966'da kabul edilen metin. 1976'da yürürlüğe giren bu Paktı Türkiye 15.8.2000'de imzaladı, ancak henüz onaylamadı.

(10) Bunun en uç örneğini 1961 Anayasası sunmaktadır.

(11) P. – H. Imbert, "Droits des pauvres, pauvre(s) droit(s)?" (Réflexions sur les droits économiques, sociaux et culturels), *Revue de Droit Public* – 1989, s. 751.

kavramına, liberal ve sosyalist kuram ve uygulamaların deneyimleriyle ancak her ikisinin birikimiyle ulaşılabildiği gerçeğini gözardı etmeksizin paylaşılabilir.

### B) ÇATIŞMA MI, TAMAMLAMA MI?

İnsan ve ilişkilerini yönlendiren yeni gelişmeler ve etmenlere paralel olarak mevcut hak ve özgürlüklere yeni halkaların eklenmesi, İH rejimini nasıl etkiler? Öncekilerle yenileri arasında kurulan ilişkinin niteliği nedir?

Her özgürlük, diğerinin varlık ve geçerlilik alanını etkiler; kullanımda zaman ve mekân çakışması, çatışma yaratabilir; kimi zaman bir hakkın kullanımı, bir diğerini etkisiz kılabilir. Bu durumda, “uzlaşma tekniği” özgürlükler hukukunun başvurduğu bir ilkedir. Acaba İSK haklar bakımından durum nedir?

Önce birinci kuşağa göre değerlendirilebilir. “Yasa önünde eşitlik”, kişi özgürlükleri ve siyasal hakların temeli ise, “fırsat ve olanak eşitliği”, İSK hakların eksenidir. Bu bakımdan, ikinci kuşak ilkinin geçerlilik ortam ve koşulunu yaratır. Bu haklar, eşitlik-özgürlük dengesini kurar. Klâsik hakların gerçekleşme ölçüsünü, sosyal haklar belirler. İkinci kuşak hakların dengeli bir biçimde yaygınlaştırılması, öte yandan üçüncü kuşağa duyulan gereksinimi azaltır. İktisadî özgürlüklerin düzenlenerek-denetlenmesi, çevre üzerindeki olumsuz etkileri frenler; sosyal haklar gelişme hakkına katkıda bulunur; kültürel hakların ilerletilmesi ise, gelişme hakkının kolektif boyutunu törpüleyici işlev görür.

Bu nedenlerle İSK hak ve özgürlükler, insan haklarının evriminde büyük bir dönemeç olarak nitelendirilebilir.

Birinci kuşak hakların gerçek yaşamda kullanılabilmesi, pekiştirilmesi ve derinleştirilmesi yönünde gördüğü işlev, 1961 Anayasası tarafından çarpıcı biçimde düzenlenmiştir: Devlete; hem kişinin “vazgeçilmez, dokunulmaz ve devredilemez” hak ve özgürlüklerini sınırlayan “siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırma” görevini vermekte, hem de “insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama” ödevini yüklemektedir (m. 10).

BM İnsan Hakları Dünya Konferansı sonunda yayımlanan Viyana Bildirgesi, insan hakları arasında çatışmacı anlayışı öne çıkaran ve insan haklarını birinci kuşakla sınırlı sayan yaklaşıma açık bir yanıt oluşturmaktadır:

*“Bütün insan hakları evrensel, birbirinden ayrılmaz, karşılıklı bağımlı ve birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Uluslararası toplum, insan haklarını bütüncül olarak, eşit temellerde ve onlara eşit bir değer bahşederek hakkaniyete uygun bir işleme tabi tutmalıdır.”* (12).

## II- GENİŞ BİR YELPAZE (13)

İkinci kuşak hakların zengin içeriği, ilk kuşakla ortaya çıkan iktisadî özgürlüklerin bu alana kaymış olmasına da bağlanabilir. Aşağıdaki üç alt başlık, bildiri başlığına denk düşmektedir: İktisadî Özgürlükler (A), Sosyal Haklar ve Özgürlükler (B) ve Kültürel Özgürlükler (C).

### A) İKTİSADİ ÖZGÜRLÜKLER

Mülkiyet hakkı ve girişim özgürlüğü iktisadî hakların başlıcalarıdır. Ticaret ve sanayi özgürlüğü ise, girişim özgürlüğünün türevidir.

#### 1) Mülkiyet hakkı

İnsan hakları tarihinde mülkiyet hakkının geçirdiği evrim, onu birinci kuşaktan ikinci kuşağa taşımıştır.

1789 “İnsan ve Yurttaş Hakları Fransız Bildirgesi”ne göre;

*“Mülkiyet dokunulmaz ve kutsal bir hak olduğundan, yasayla belirlenen kamusal zorunluluklar açık bir biçimde gerektirmedikçe, adil ve peşin bir tazminat ödenmedikçe hiç kimse bu haktan yoksun kılınamaz.”* (m. 17).

(12) Vienna Declaration and Programme of Action, Part II, Paragraph 3, World Conference on Human Rights, Vienna, 25 June 1993.

(13) Bu konuda kavram ve ilkeler için bkz. A. Eide – A. Rosas, “Economic, Social and Cultural Rights: A universal challenge”, (p. 15-19); A. Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, (p. 21-40); M. Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, (p. 41-62); R. Stavenhagen, “Cultural Rights and Universal Human Rights”, in *Economic, Social and Cultural Rights (A Textbook)*, Ed. By A. Eide, C. Krause and A. Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1995. İkinci kuşak hakların sistematik bir biçimde incelenmesi konusunda bkz. İ. Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 5. Bası, Afa yay., İstanbul, Aralık 1999.

Günümüzde Fransa'da Bildirge hükümleri anayasal değere sahip olmakla birlikte, mülkiyet hakkının geçirdiği evrim, bu hakkın uygulama ve sınırlanmasında Anayasa Konseyi tarafından gözönüne alınmaktadır. Buna göre, genel çıkarın varlığı, hakkın etki ve anlamını bozmamak kaydıyla mülkiyet hakkının kullanımını sınırlayabilir ve ya da ortadan kaldıracaktır.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, "*Herkesin tek başına veya başkalarıyla birlikte mal ve mülk edinme hakkı*"nı ilân eder ve hiç kimsenin "*keyfi olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılamayacağı*"nı öngörür (m. 17).

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 1 sayılı Ek Protokol'ü, mülkiyet hakkını, her gerçek ya da tüzel kişinin mallarına saygı hakkına sahip olduğu şeklinde tanımaktadır. Mülkiyet hakkından ancak, kamu yararı nedeniyle ve yasayla belirlenmiş koşullarda ve uluslararası hukukun genel ilkelere göre yoksun kılınabilir (m.1).

İkinci Dünya Savaşı sonrası Anayasa kuşağı eğilimine uygun olarak 1961 Anayasası mülkiyet hakkını toplumsal işlevli bir hak olarak düzenlemiştir (m. 36):

*"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."*

1961 ve 1982 Anayasaları arasında, aynı içerikli hükümlerine karşın, düzenleme şekli ve mülkiyete yaklaşım bakımından farklar bulunmaktadır:

İlk fark, 1961 Anayasası mülkiyet hakkını "*Sosyal ve İktisadî Haklar ve Ödevler*" bölümünde düzenlediği halde, 1982 Anayasası "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" bölümüne almış olmasıdır. İkinci kuşaktan birinci kuşağa geçirmekle, mülkiyet hakkını işlevsel yönden bir başka bağlama yerleştirme dışında, temel hakları düzenleme-sınırlama yetki ve teknikleri açısından da ayrılık yaratmıştır. Bakanlar Kurulu KHK ile "*Sosyal ve İktisadî Haklar*"ı düzenleme yetkisine sahip olduğu halde, "*Kişinin Hakları*" yönünden böyle bir yetkiye sahip bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 1982 Anayasası mülkiyet hakkını daha güvenceli rejime yerleştirmiştir.

1961 ve 1982 Anayasalarında mülkiyet hakkını sınırlayıcı hükümler sistematik yönden de ileri derecede farklılıklar göstermektedir. 1961 Anayasası'nda, "Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler" bölümünde, "Mülkiyet hakkı" ana başlığı altında, "mülkiyete ait genel kural", "toprak mülkiyeti", "Kamulaştırma", "Devletleştirme", "Tarımın ve çiftçinin korunması" hükümleriyle birlikte mülkiyet hakkı ve sınırlamaları, elden geldiğince türdeş bir biçimde düzenlenmişti. Buna karşılık "mülkiyet hakkı"nın kişinin klâsik hakları arasında düzenleyen 1982 Anayasası, sınırlamaya ilişkin hükümlere, "kamu yararı" ana başlığı altında "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer vermektedir. Böylece 1982 Anayasası, "mülkiyet hakkı"nın, sınırlayıcı nitelikteki hükümlere oranla daha güvenceli bir düzenlemeye bağlı kılınmış; buna karşılık, kamu yararı ve kamu mülkiyeti gibi (özel mülkiyet hakkını sınırlamaya yönelik) kavram ve kurumları daraltılmaya daha elverişli bir bağlama yerleştirmiştir.

## 2) Girişim özgürlüğü

"Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" kuralı (1982 Any., m. 48/1), herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının sonucudur.

"Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." (m. 48/2)

1961 Anayasası, aynı hükme sınırlama kuralını da getirmekteydi:

"Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir."

Anayasa'da 1999'da yapılan değişiklikle (14), "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesi"ne ilişkin esas ve usuller kanuna bırakılırken (m. 47/2); kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde "tahkim yolu" öngören (m. 125/1) ve bu konuda Danıştay'ın "inceleme" görevini kaldırarak, yetkisini sadece "düşüncesini bildirmek"le sınırlayan hüküm eklendi (m. 155).

(14) Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kanun. Kanun no: 4446, Kabul tar. 13.8.1999; (R.G.: 14.8.1999 – 23786, s. 16).

B) SOSYAL HAKLAR

"İnsan bölünmez bir kişiliğe sahiptir. Onun yaşama hakkı, sadece terörizme ve yargısız infaz risklerine karşı güvenlikte olduğu bir toplumsal düzeni gerekli kılmaz. Geçimini sağlayabilmesi ... (de) gerekir" (15).

"Devletin insan haklarını ihlal biçimlerinden biri, nüfusunun çok büyük bir kısmın fakir bırakmak, hatta sefalete terk etmektir (...)" (16).

Sefalet ve bunun sonucu olan toplumsal dışlanma, insan onurunu zedeleyeceğinden, insan haklarının ihlâlidir. Böyle bir ihlâlin önüne geçmenin ön koşulu, yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkıdır. Elverişli bir konut hakkı, tıbbî bakım ve iş (çalışma), bu hakkın bileşimleridir.

Sosyal hakların önemli bir kısmı, toplumun güçsüz kesimlerinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürdürebilmeleri için devletin önlemler alması ya da doğrudan edimlerde bulunması şeklinde "olumlu yükümlülükler"i yerine getirmesiyle gerçekleşir. Bu bakımdan sosyal haklar, sosyal hukuk devleti bağlamında toplumsal eşitlik amacına yönelmiş haklar olarak tanımlanabilir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Üye Devletlere, iç uygulamalarında ve mevzuatında şu hakkı tanımaya davet eden bir tavsiye kararı kabul etti (17): aşırı fakir durumda bulunan kişilerin –en azından beslenme, giyim, barınma ve temel tıbbî hizmetler gibi– ilksel maddî ve beşerî gereksinimlerini karşılama. Burada, bireysel, evrensel ve dâva edilebilir bir hak söz konusudur. Tavsiye kararı, bir Devlette yaşayan her birey için böyle bir hakkın tanınması, hukuka dayalı bir Devlette diğer temel hakların kullanılmasının bir koşulu ve vazgeçilmez bir öğedir.

Sosyal hakların ilki, çalışma hakkı ve özgürlüğüdür; ikincisi, sosyal güvenlik hakkıdır. Bunlar doğrudan doğruya kişinin yaşamını sürdürebilme-

(15) *Enseignement des droits de l'homme*, UNESCO, Vol. IV, 1985, s. 63.

(16) Robert – Duffar, *Libertés Publiques et droits de l'homme*, Montchrestien, Paris 1988, s. 2.

(17) Recommandation no R (2000) 3, (adoptée par le Comité des ministres le 19 Janvier 2000, de la 694 réunion des délégués du ministres).

si için vazgeçilmez haklardır. Toplu sosyal haklar (sendika özgürlüğü, grev hakkı gibi) ise, çalışma ve sosyal güvenlik haklarının “aracı” hakları ya da güvenceleridir.

### 1) Çalışma hakkı

“Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir” (1982 Any. m. 49/1). Devlet “işsizliği önlemeye elverişli bir ortam yaratmak için gerekli tedbirleri alır” (f. 2).

1961 Anayasası ise devletin ödevini, “işsizliği önleyici tedbirleri alır” (m, 42/2) hükmüyle daha doğrudan, hattâ bir direktif olarak öngörmekte idi.

Anayasal ilke olarak konan “çalışma hakkı”, herkesin çalışma ödevi ve bir işi elde etmeye hakkı olduğunu ifade eder. Daha önce ele alınan hak ve özgürlüklerden ayrılan önemli bir özelliği, bu hakkın kullanımının, hak öznesinin dışında oluşan etmenlere bağlı oluşudur. Kişi bu özgürlüğünden ancak iş ve çalışma olanağı mevcutsa yararlanabilir.

Çalışma ortamını yaratma ödevi ise, Anayasa tarafından devlete verilmiştir. Devletin yapma biçimindeki bu olumlu görevi, “işsizliği önleme”de ifadesini bulmaktadır.

İşsizliğin önlenmesi, İH bakımından belirleyici olumlu bir yükümlülüktür. “İşsizlik”, hak ve özgürlükleri göreceli, hattâ anlamsız kılacağından, çalışma hakkının özgürlüğe dönüştürülmesi önem taşır.

Önemli bir sorun, bireyin devleti iş alanı yaratmaya zorlayıp zorlayamayacağıdır. Anayasa’da bunu sınırlayan hüküm, devletin sosyal ve ekonomik alandaki görevlerini, “ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, kaynakların yeterliliği” ölçüsüne bağlayan 65. maddedir. Bu esnek ve kaypak düzenlemenin, devletin çalışma alanı yaratıcı politika ve uygulamalardan kaçınmasına haklı bir gerekçe oluşturup oluşturmadığı tartışılmadır (18).

Çalışma hakkı, nasıl olursa olsun bir işe sahip olmakla sınırlı değildir. Çalışma ortam ve koşulları bu hakkı tamamlar: İş güvenliği hakkı, işyerlerinin çalışma ve sağlık koşullarına uygun olmasını isteme hakkı, çalışma sürelerinin uygun ölçüler-

(18) Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararları için bkz. aşağı. Başlık III.



de tutulmasını isteme hakkı, çalışan çocuk, kadın ya da gençlerin özel olarak korunmasıyla ilgili haklar, adil ücret hakkı, ücretli tatil, dinlenme hakkı, boş zaman bulabilme hakkı; yaşına, gücüne, cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme hakkı; sosyal güvenlik hakkı; eşit işe eşit ücret hakkı.

Anayasa'ya göre;

*"Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir"* (m. 50/3, 4).

*"Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır"* (m. 55/2).

Dinlenme hakkı ve izin hakları, kesin olarak karşılanması gereken haklardan ise de, adaletli ücret hakkı için aynı görüşü öne sürmek güçtür; çünkü "asgari ücretin tesbiti", "ülkenin ekonomik ve sosyal durumu"na bağlanmıştır (m. 55/son). Bu konuda açık ve tartışma götürmeyen gerçek, Türkiye'de asgari ücretin sembolik sayılarda kaldığıdır.

İş güvenliği ile iş güvencesi kavramlarına gelince; Anayasa Mahkemesi iş güvenliğini, "iş yerinde çalışanların işin yapılmasıyla ilgili olarak ortaya çıkan tehlikelerden bedensel ve ruhsal olarak zarar görmemeleri için alınması gerekli ruhsal, teknik ve tıbbî önlemleri almaya yönelik sistemli çalışmalar ..." şeklinde tanımlamaktadır (19). İş güvencesi ise, çalışanın işine keyfi olarak son verilememesidir.

## 2) Sosyal güvenlik hakları

Sosyal güvenlik, toplumsal yaşamdan kaynaklanan riskler karşısında bireyleri korumayı hedef alır. Aslolan, ülke nüfusunun bütününe toplumsal güvenlik rejimi içine alabilmektir.

"Herkes"e sosyal güvenlik hakkını tanıyan Anayasa, devlete, "bu güvenliği sağlayacak tedbirleri al(ma) ve teşkilâtı kur(ma)" (m. 60) görevini vermektedir (20). Bu nedenle 65. maddenin yorumu önem taşımaktadır (21).

---

(19) AYM'nin 2.5.1989 günlü, E. 1988/51, K. 1989/18 sy. 11 kararı, R.G. 4.1.1990 – 20392.

(20) Ayrıca bkz. 506 sy. Sosyal Sigortalar Kanunu, m. 6, 1479 sy. Bağ-Kur Kanunu, m. 24.

(21) Anayasa Mahkemesi, sosyal güvenlik hakkının belirli bir süre ile sınırlandırılarak

Sosyal güvenlik hakkının yalnızca çalışanlara özgülenen bir hak olmayıp, herkes bu hakkın öznesidir. Bununla birlikte, ülkemizde sosyal güvelik kapsamına alınmamış çalışanların sayısı çok kabarıktır. Anayasa Mahkemesi'ne göre 60. madde hükmü, "bireylere yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve malullük gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi sağlamayı amaçlar". Yüksek Mahkeme, konuyu Anayasa'nın 2. maddesi bağlamında değerlendirerek, "Sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeleri uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgari bir yaşam düzeyi sağlamak" olduğu sonucuna varmaktadır (22).

Sosyal güvenlik hakkı ile yeterli yaşam düzeyine sahip olma hakkı arasında fark var mı? Varsa nedir? Sosyal güvenlik, temelini güvenlik (sigorta) ve dayanışma çifte kavramında bulur; yardım ve sosyal yardım, dayanış-

---

kullanılamaz duruma getirilmesini Anayasa'nın 60. maddesine aykırı buluyor: "... Anayasa'nın 65. maddesinde, devletin sosyal ve ekonomik alanlarda belirtilen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getireceği öngörülmektedir. Böylece Anayasa'nın 60. maddesiyle bireylere tanınan sosyal güvenlik hakkının sağlanması için alınacak önlemler ve kurulacak teşkilât bakımından Devlet görevlendirilmekte, 65. madde ile de bu göreve kimi sınırlamalar getirilmektedir. Ancak 60. madde ile tanınan sosyal güvenlik hakkı, yine Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen 'yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı' ile bağlantılıdır. Dolayısıyla Devlet ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde 'yaşama hakkı'ni ortadan kaldıran ya da kısıtlayan kurallar getiremeyecektir. Bu nedenle sağlık yardımlarının yataklı tedavi kurumlarında 6 ayı geçemeyeceğine ilişkin itiraz konusu kural, Anayasa'nın 65. maddesi kapsamında değerlendirilemez." E. 1996/17, K. 1996/38 sayılı ve 16.10.1996 günlü karar. AYMKD, S. 33, C. I, s. 157.

- (22) AYM'nin 26.10.1988 günlü, E. 1988/19, K. 1988/33 sa. Kararı, R.G.: 11.12.1988, AYMKD - 24, s. 452. Yüksek Mahkeme aynı kararında, sosyal hukuk devletini "güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet" şeklinde tanımlamış, "Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilmesine" bağlamıştır. Böylece diyor, Yüksek Mahkeme, "sosyal güvenlik, sosyal hukuk devleti içerisinde yer alan ve bu ilheyi oluşturan temel kavramlardan birisidir. Sosyal güvenlik hukuku alanında oluşturulacak tüm kuralların, özde bu kavrama uygun olması gerekir." (s. 451).

ma fikrine dayanır; buna karşılık, yeterli bir yaşam düzeyine sahip olma hakkı, sadece dayanışma temeline değil, özellikle “onur hakkı”na dayanır (23).

Anayasa, sosyal güvenlik bakımından “özel olarak korunması gereken” kategorilere ilişkin düzenleme yapmaktadır:

*“Devlet, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleriyle, malul ve gazileri korur ve toplumda kendilerine yaraşır bir hayat seviyesi sağlar.” (m. 61/1).*

Bu kategoriye, özürülleri (f. 2), yaşlıları (f.3) ve korunmaya muhtaç çocukları ekleyen Anayasa; Devlete, hepsinin özel olarak korunması amacıyla “gerekli teşkilât ve tesisleri kur(ma) veya kurdur(ma)” (m. 61/son) görevini vermektedir (24).

“İşsizler”, sosyal güvenlik hakları bakımından önemli bir kategori oluşturmaktadırlar. Çünkü sosyal güvenlik hakları, ne yalnız çalışan kişilerle ne de çalışma dönemleriyle sınırlıdır. İşsiz kesim (iş bulamayan ya da kendi iradesi dışında işini kaybedenler), gelişmiş Batı devletlerinde “işsizlik ödentisi”nden başlayıp bir dizi sosyal güvenlik haklarını kapsayan bir statüden yararlanırlar.

İşsizlik Sigortası Kanunu (25)’nin yürürlüğe konması, sosyal güvenlik hakkının yaygınlaştırılması bakımından olumlu bir ilk adım olarak nitelenebilir. Önemli olan bunun uygulamaya geçirilmesidir. Gerçekten, ülkemizde, milyonlarca işsiz sosyal güvenlik haklarından yararlanamamaları, onların aileleriyle birlikte, “onur içinde yaşama hakkı”na sahip olmadıkları, hattâ devlet tarafından hakları çiğnendiği şeklinde yorumlanabilir.

---

(23) P. Lambert, “Le droit de l’homme à un niveau de vie suffisant”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’homme*, No: 44, Octobre 2000, s. 684.

(24) Krş. E. 1996/10, K. 1996/40 sy. ve 22.10.1996 günlü AYM kararı. AYMKD, S. 33, s. 172.

(25) Sosyal Sigortalar Kanunu ve T.C. Emekli Sandığı Kanunu başta olmak üzere birçok yasada değişiklik yapan ve değişik açılardan eleştirilen İşsizlik Sigortası Kanunu için bkz. Kanun no: 4447, kabul ta.: 25.8.1999; R.G. 8.9.1999 – 23810.

Sağlık hakkının gerçekleşmesi amacıyla, devletin, “sağlık kuruluşlarını tek elden plânlayıp hizmet vermesini” öngören Anayasa’ya göre (m. 56/2), “Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.” (m. 56/son).

Türkiye’de “çocuk hakları”nın anayasal dayanağı 61. madde ile birlikte 41. maddedir. Aile temelinde “çocukların korunması” için gerekli önlemleri almak ve teşkilâtı kurmakla yükümlü olan devlet, “korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması” için her türlü tedbiri alır.

Türkiye, 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”yi 1995’te onaylamıştır. Çocuk Haklarına ilişkin BM sözleşmesi, çocuğun “beşerî varlık” olarak doğuşundan itibaren bütün insan haklarına ulaşabilmesi ilkesini kabul etmektedir.

### 3) Toplu sosyal haklar

Kolektif sosyal hakların başlıcaları, sendika özgürlüğü, grev hakkı, toplu sözleşme ve yönetime katılma haklarıdır. Bunlar, çalışma koşullarının düzeltilmesi, adil ücret, toplumsal güvenlik vb. somut kazanımların elde edilmesinde vazgeçilmez bir yere sahip olduklarından, “araç” hak ve özgürlükler olarak da nitelenir.

#### a) Sendika özgürlüğü

Örgütlenmek ve sendikalaşmak, işçi olsun memur olsun bütün çalışanların, “herkes”in hakkıdır. İHAS bu hakkı “herkes”e tanımıştır. Sadece, “sivil kuvvetler, polis ve devlet yönetiminde görev yapanların”ın bu hakları kullanmalarına “meşrû sınırlamalar” konabileceğini kabul etmiştir. Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ) Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi de sendikalaşma konusunda, “hiçbir biçimde ayırım gözetmeme, önceden izin almama ve kendi seçtikleri örgütleri kurma” şeklinde uluslararası ölçüleri koymuştur.

Çağdaş Anayasalar da, sendika özgürlüğünün öznelini, “herkes” ya da en azından “çalışanlar” biçiminde belirleyerek, hem işçilere hem de kamu görevlilerine bu hakkı tanımaktadırlar. Sendikal özgürlüğün hukuksal rejimi üzerine genel eğilim, sınırlama konusunda, özgürlüklerin tâbi olduğu rejimin bu alana da uygulanarak özgül kayıtlamalara gidilmemesi yönün-

dedir. Sendikaların işlevi, demokratik rejim çerçevesinde siyasal çoğulculuk bağlamında düşünüldüğünden, dolaylı siyaset onlara yasaklanmamıştır (26).

Türkiye’de Anayasa’ca yalnızca “işçi”lerin sendikal hak ve özgürlükleri tanınıp düzenlenmektedir. İşçi sendikaları, 1982 Anayasası’nın 51 ve 52. maddeleri ışığında Sendikalar Kanunu (27) hükümleri çerçevesinde kurulup faaliyet göstermektedir. Serbest kuruluş ilkesi öngörüldüğü halde sendikalar, bireysel ve kolektif sendika özgürlüğü yönlerinden birçok sınırlama ve yasaklamalara bağlı kılınmıştır.

1995 değişikliği ile Anayasa’nın, sendikaların dolaylı da olsa siyasal etkinliklerde bulunmalarını önleyen ve dayanışma yasakları öngören 52. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çerçevede Sendikalar Kanunu’nda yapılan değişiklikle (28) sendika özgürlüğü ile bağdaşmayan hükümler kısmen ayıklanmıştır.

Kısmî iyileştirmeye karşın, sendikalar birçok konuda Dernekler Yasası’na tâbi tutulduğundan, hak ve olanaklar yönünden dar bir alana “hapsedilmiş”lerdir. Bunlar arasında, “yasak faaliyetler”, “yabancı dernek ve kuruluşlarla ilişki”, “bildiri yayımlanması”, “genel denetim” gibi hükümler belirtilebilir.

İşçiler ve işverenlerin, “aynı zamanda birden fazla sendikaya üye olamamaları”, “işçi ve sendika üst kuruluşlarında yönetici olabilmek için, en az on yıl bilfiil işçi olarak çalışmış olma şartı”nın aranması, Anayasal sınırlamalar arasında yer almakta olup, ayrıca SK’da çeşitli kayıtlayıcı hükümler bulunmaktadır.

1961 Anayasası sendika kurma hakkını, işçileri ve memurları kapsamına alacak biçimde “çalışanlar”a genel olarak bahşetmişti. 1971 Anayasa değişikliğiyle, “çalışanlar” yerine, “işçiler” sözcüğü konduğundan, sendikalaşma hakkı işçi sınıfı ile sınırlandırılmış oldu.

(26) Örnek olarak bkz. Portekiz Anayasası (m. 56), Romanya Anayasası (m. 37) ve Polonya Anayasası (m. 84-85).

(27) Sendikalar Kanunu, sy. 2821, ta. 5.5.1983, R.G. 7.5.1983 – 18040.

(28) K. No: 4277, Kabul Tarihi: 26.6.1997, R.G.: 28.6.1997 – 23033.

1995 değişikliği ile Anayasa'ya şu hüküm konuğu:

*"Kamu görevlilerinin kanunla hendi aralarında kurmalarına cevaz verilecek olan sendikalar ve st kuruluşları, yeleri adına yargı mercilerine başvurabilir ve İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme yapabilirler."* (m. 53/2).

Bu sendikalar, toplu iş sözleşmesi (m. 53) ve grev hakkı (m. 54) dışında tutulmuştur. Öte yandan, söz konusu kanun henüz yürürlüğe konmamıştır.

#### b) Grev hakkı

Hukukumuzda grev hakkı, Anayasa (m. 54) ve Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu (TİSGLK) hükümleri tarafından fazla kısıtlanmıştır. Bir kez grev hakkı, *"toplular iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hali"* ile sınırlandırılmıştır. *"Hak grevi"* tanınmadığı gibi, siyasal grev, genel grev, dayanışma grevi, işi yavaşlatma, verimi düşürme gibi eylemler de yasaklanmıştır. Sonra, grev yasağına tâbi işler ve işyerleri, çok geniş tutulmuştur. Grev yapılabilecek yer ve durumlarda da greve katılması yasaklanan işi kesimi büyük sayılara ulaşmaktadır.

Alanı son derece daraltılan grev hakkının uygulanmasında en büyük engelleme, grevleri erteleme ve Yüksek Hakem Kurulu'na başvurma yetkilerinin kullanılmasıyla, Yürütme organından gelmektedir (TİSGLK, m. 33,34).

Kamu görevlilerinin tümüyle grev hakkından yoksun kılınması, demokratik rejimle bağdaşmamaktadır (29).

#### c) Toplu sözleşme hakkı ve toplu görüşme

1982 Anayasası'na göre toplu iş sözleşmesi, işi ve işverenlerin *"karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenleme"* amacına bağlandığından, toplu sözleşme hakkının sosyal yanı, çalışanların lehine olma özelliğini azaltmıştır. Toplu sözleşme alanını doğrudan doğruya daraltan hükümlere gelince; öncelikle, aynı işyerinde aynı dönemde birden fazla toplu sözleşme yapılması yasaklanmıştır.

(29) Anayasalarda grev hakkı konusunda bkz. İ. . Kaboğlu, *Anayasa ve Toplum*, İmge yay., İstanbul 2000, s. 55-58.

*Anayasa değişikliğiyle kamu görevlilerine yasal düzenleme kaydıyla İdareyle amaçları doğrultusunda toplu görüşme olanağı tanınmıştır. Yapacakları "toplular görüşme sonunda anlaşmaya varılırsa düzenlenecek mutabakat metni taraflarca imzalanır. Bu mutabakat metni, uygun idari veya kanunî düzenlemenin yapılabilmesi için Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulur. Toplu görüşme sonunda mutabakat metni imzalanmamışsa anlaşma ve anlaşmazlık noktaları da taraflarca imzalanacak bir tutanakla Bakanlar Kurulu'nun takdirine sunulur."* (m. 53/2).

Kanunun, aradan altı yıl gibi çok uzun bir zaman geçmiş olmasına karşın çıkarılmamış olması, Yasama ve Yürütme organının kamu görevlilerini toplu görüşme olanağından yararlandırmama iradesini ortaya koymuştur. Bu, Anayasa'ya aykırı bir tutum oluşturmaktadır (30). Bu nedenle, kamu görevlileri Anayasal hükmün doğrudan uygulanması sonucu toplu görüşme yapmalıdırlar. Bu konuda, kamu kesiminde çalışan işçilerin, kamu otoriteleriyle toplu sözleşmelerinde uygulanan hükümler kamu görevlilerine de uygulanabilir (31).

#### ç) Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye

Türkiye, sosyal haklar, özellikle kolektif sosyal haklar bakımından, uluslararası standartlar ve UÇÖ metinlerinin kabul ettiği ilkelerin gerisinde yer almaktadır (32). Gecikmeli de olsa ülkemiz tarafından onaylanıp yürürlüğe konan (R.G. 24.2.1993) 87, 135 ve 151 sayılı UÇÖ Sözleşmeleri, olumlu ve ileri adımlar oluşturmaktadır. Avrupa Sosyal Şartı'nın onaylanması da önemli bir ilerleme ve katkıdır. Herhalde yapılması gereken, adı geçen belgelere uygun iç hukuk düzenlemelerini gerçekleştirmektir.

- (30) İhmal yoluyla Anayasa'ya aykırılık yolunun bizde tanınmamış olması nedeniyle, AYM'nce gidilmemektedir. Anayasa'ya aykırılık bildirim, Parlâmento'yu yasayı çıkarmaya, Hükümeti de söz konusu olanağın uygulamaya geçirilmesine zorlayabilirdi. Parlâmento'nun hareketsiz kalması sonucu ortaya çıkan Anayasa'ya aykırılıkların giderilmesi için ihmal yoluyla Anayasa'ya aykırılık denetiminin öngörülmesi gerekir. Bu konuda bkz. İ. Ö. Kaboğlu, *Anayasa Yargısı*, 3. Bası, İmge yay., Ankara Ekim 2000, s. 90 vd.
- (31) Kamu görevlileri, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin geliştirdiği "olumlu yükümlülükler" ilkesinden de yararlanarak, bu konuda İHAM'a başvurma koşullarını yaratabilirler.
- (32) M. Gülmez, *Dünya'da Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE yay., Ankara 1996; B. Tanör, *a.g.e.*, s. 168-181.

“Avrupa Sosyal Şartı” (33), Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen en önemli İH belgelerinden biri olup, İHAS’ın sosyal haklar alanındaki karşılığını oluşturmakta ve onaylayan devletleri hukuken bağlayıcı niteliği bulunmaktadır. Şart’ın öngördüğü başlıca haklar şunlardır:

Çalışma hakkı, adil çalışma koşulları hakkı, güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarına sahip olma hakkı, adil bir ücret hakkı, örgütlenme hakkı, toplu pazarlık hakkı, çocukların ve gençlerin korunma hakkı, çalışan kadınların korunma hakkı, mesleğe yönelme hakkı, mesleki eğitim hakkı, sağlığın korunması hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık ve sosyal yardım hakkı, sosyal refah hizmetlerinden yararlanma hakkı ...

Ne var ki Türkiye, adil çalışma koşulları, iş güvenliği ve işçi sağlığı, adil ücret, sendika, toplu pazarlık ve kadın işçilerin korunması hakların korunmasına ilişkin maddelere çekince koymuştur (34).

### C) KÜLTÜREL HAKLAR

Eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğü, sanat özgürlüğü ve toplumsal iletişim özgürlükleri, kültürel hakların başlıcalarıdır.

#### 1) Eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğü

Bu özgürlüğün yarattığı sorunların önemi, özde genç dimağlara bilgi aktarılması ve okul ortamında yeni kuşakların yetiştirilmesinden ileri gelir. Eğitimin zorunlu ve karşılıksız oluşu ilkesi, bunun devletin birincil görevleri arasında yer almasının karşılığı olarak devlet, sosyal nitelikli bu hakkın kullanılmasında sıkı bir denetim yetkisine sahip olur.

(33) 18.10.1961 tarihinde Torino’da imzalanan ve 26 Şubat 1965’te yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı, Türkiye tarafından 16.6.1989 tarihli ve 3581 sayılı kanunla onaylanmıştır. (R.G. 14 Ekim 1989 – 20312, s. 1-14.)

(34) Avrupa Sosyal Şartı’nda tanınan haklar yönünden Türkiye’nin durumu üzerine bkz. *Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye Kolokyumu* (Bildiriler ve Tartışmalar), (Yay. Haz.: M. Gülmez), TODAİE, Ankara 1993. Avrupa Sosyal Şartı’nın sendika özgürlüğü ve toplu sözleşme hakkına ilişkin 5 ve 6. maddelerinin derhal onaylanması gereği konusunda bkz. T. Akilloğlu, “Avrupa Toplumsal Andlaşması ve Türkiye”, *Anayasa Yargısı*, AYM yay., Ankara 1998, s. 36.



*"İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır." (Any. m. 42/4).*

Bu temel kural, "özel eğitim kurumları"nın kurulmasını engellemiyor:

*"Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir." (f. 5).*

Kurumsal çoğulculuk ilkesi, ebeveynlere ya da okul çağındaki gençlere tercih özgürlüğü sunması açısından önem taşımaktadır. Kamu ve özel arasında sağlanan tercih olanağı, her ikisinin (orta öğretimden başlayarak) farklı meslek ve sanatları içerebilecek branşlara yönelebilmeleri bakımından öğretimin örgütlenmesini tekbiçimlilikten uzaklaştırır.

Bütün öğretim kurumlarındaki ana ilke, yansızlıktır. Genç dimağların belli yönde doktrinleştirilememesi ve koşullandırılmaması, yansız bir eğitim örgütü ile olanaklıdır. Eğitsel çoğulculuk, sunulan bilgilerin de, "objektif, eleştirel ve çoğulculuğu yansıtır" biçimde olmasını gerekli kılar. Çocukları sadece verilen bilgileri depolayan değil, soru soran ve sorgulayıcı bir eğitim ortamında yetiştirmek önem taşır. 1982 Anayasası eğitim ve öğretimde uyulması gereken ilkeleri ve sınırları;

*"Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre" (m. 42/2), "Anayasa'ya sadakat borcu altında" (f.4), "sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler" (f. 8.) şeklinde belirlemektedir.*

Din derslerinin "ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu" olması, lâiklik ve yansız eğitim ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Sonuç olarak, nasıl ki eğitimde fırsat ve olanak eşitsizliği Anayasa'nın "sosyal devlet" anlayışına ters düşüyorsa, eğitim ve öğretimin içeriği de o şekilde "lâik devlet" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

1982 Anayasası, üniversiteleri "kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip kuruluşlar" olarak nitelemesine karşın; idarî özerkliğin tanınmamış olması, belli bir aşamaya kadar kariyer güvencesinin bulunmaması, özellikle malî "sefalet", "bilimsel özerklik" kavramını daha çok kâğıt üzerinde bırakmaktadır.

1982 Anayasası, herkese, “*bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkı*”nı tanımaktadır (m. 27/1). Araştırma özgürlüğü doğal bir haktır. Kurumsal çerçevede kullanılan bilim özgürlüğü için başlıca ortam üniversite ortamıdır. Ancak Anayasa’ya göre, “*Yayma hakkı, Anayasa’nın 1., 2. ve 3. maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılamaz*”. Bu sınırlama kaldırılmalıdır (35).

## 2) Sanatsal yaratma özgürlüğü

Bilim ve sanatı; öğrenme ve öğretme, yaratma ve ifade özgürlükleri bağlamında düzenleyen İH uluslararası belgeleri, sınırlama konusunda öteki özgürlüklere göre farklı düzenlemeler yapmaktadırlar.

Kültürel yaratma özgürlüğü olarak, plâstik ve gösteri sanatları arasında daha çok ikincisi hukukun düzenleme alanına girmektedir. Sinema, müzik-video ve tiyatro yapıtları, hem sanatsal yaratma hem de düşünce ve kanaatleri açıklama özgürlüklerine ilişkindir.

Sinema, bir sanat etkinliği olmakla birlikte, film yapımcıları ve dağıtıcıları açısından bir sınaî ve ticarî faaliyet özelliğine de sahip oluşu nedeniyle, girişim özgürlüğü konu açısından ön sorun oluşturur.

Asıl üzerinde durulması gereken, bir filmin yapımına ve gösterimine tanınan serbestliktir. Bunun denetim ve izne bağlanması, “*sansür*”e yol açacağından, sinematografik özgürlüğü zedeler. Bir yandan, kültürel yaratma etkinliğini özendirmek amacıyla sinema yapıtlarına devletin malî yardımı; öte yandan, kamu düzeni zorunluluğuyla ifade özgürlüğü arasında bir uzlaşma gereği bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta, filmler sınırlandırılmakta ve pornografik filmlerle şiddete kışkırtıcı filmler için tikel bir kategori yaratılmaktadır. Böylece filmler seyirci yaşına göre ayrımlara bağlanmaktadır. Türkiye’de ise film sansürü, senaryo incelemesiyle başlayan, çekim boyu devam eden,

(35) Devlet üniversiteleri ile özel üniversitelerin, birbiriyle çatışma niteliğinde farklı statü ve olanaklar bağlamında örgütlenmiş olması, yüksek öğrenim ve bilim özgürlüğüne zarar vermektedir.

film tamamlanınca son biçimini alan üç aşamalı denetim sistemini içermektedir.

Bilim ve edebiyat, musiki, güzel sanat veya sinema eserleri sayılan *"her nevi fikir ve sanat mahsulü"*nü düzenleme konusu yapan Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (36), *"araştırma, yaratma ve yayma hakları"* konusunda yapıt sahiplerinin haklarını öne çıkarmaktadır. *"Fikri haklar"* olarak *"manevî haklar"* ve oldukça ayrıntılı bir biçimde *"malî haklar"* güvence altına alınmaktadır. Bu çerçevede, yapıtı çoğaltma hakkı, işleme hakkı ve yayma hakkı *"yalnızca eser sahibi"*ne ait haklar olarak vurgulanmaktadır.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu *"meslek birliklerinin kurulması"*nı da öngörmektedir. *"Fikir ve Sanat Eserleri ile Komşu Hak Sahipleri Meslek Birlikleri ve Federasyonları Hakkında Tüzük"* (37), anılan hükmün uygulamaya konmasına ilişkindir.

Sanatsal yaratma ve ifade özgürlüğü, bireysel özgürlük temelinde özerk kurumlar çerçevesinde gerçeklik kazanabilir. Bu nedenle, sanatı serbestçe yayma hakkının, *"Anayasanın 1 inci, 2 nci ve 3 üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmayacağına"* ilişkin anayasal hüküm (m. 27/2) kaldırılmalıdır (38).

### 3) Toplumsal iletişim özgürlükleri

Basın ve görsel-işitsel iletişim özgürlükleri, kültürel etkisi en geniş kültürel haklar alanını oluşturur.

#### a) Basın özgürlüğü

Basın özgürlüğü, basın girişimlerini kurma, basma ve yayma özgürlükleri ve okuyucu için tercihi göre bilgi ve haber alma özgürlüğünü birlikte kapsamına alır. Özneleri, yalnızca haber toplayanlar, yazarlar ya da yayınlar olmayıp; aynı zamanda okuyuculardır. Haber ve bilgileri verme ve alma serbestliği *"iletişim özgürlüğü"*nü oluşturur ve *"herkes"* bu hakkın

(36) 5.12.1951 ta. ve 5846 sy.lı. Değişiklik: 7.6.1995 ta. ve 4110 sy.lı Kanun.

(37) R.G.: 1 Nisan 1999 – 23653.

(38) Böyle bir yasaklama, Devletin *"sanatın ve sanatçının korunması"*na dair anayasal yükümlülüğü ile de bağdaşmamaktadır.

öznesidir. Müdahale, ancak basın özgürlüğünü güvenceleme amacına yönelik olabilir.

Özellikle basın sektöründe toplulaşma ve tekelleşmeyi önlemeye yönelik, basın organlarının çoğulculuğu için etkili önlemlerin alınması gereklidir. Bu hakkın muhatapları olarak okuyucunun hakkının güçlendirilmesi, yazılı basın alanında enformasyon araçlarının çoğulculuğu ilkesine saygıyı güvence altına almayı gerekli kılar.

Basın özgürlüğü, kamuoyunun, yöneticilerin düşüncelerini ve tavırlarını tanıma ve değerlendirmesinin en iyi araçlarından biridir. İHAS m. 10'da yer alan bu hak kamu için enformasyon ve fikirleri alma hakkını içerir.

*"Basın hürdür, sansür edilemez. Basımevi kurma izin alma ve malî teminat yatırma şartına bağlanamaz"* hükmüyle basın özgürlüğü ilkesini koyan Anayasa, Devletin, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri almasını öngördükten sonra sınırlayıcı hükümler koymaktadır (m. 28).

İlkin, genel sınırlama nedenleri öngören 13. maddeyi anımsayalım.

Sonra, basın özgürlüğünün sınırlanmasında 26. (düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti) ve 27. (*"Yayma hakkı, Anayasa'nın 1'nci, 2'nci ve 3'üncü maddeleri hükümlerinin değiştirilmesini sağlamak amacıyla kullanılmaz."*) madde hükümleri uygulanır.

Nihayet ilgili hükümde (m. 28, f. 5 vd.) öngörülen basın özgürlüğünün sınırlanmasına ve yasaklanmasına ilişkin özgül durumlar belirtilebilir. Hem önleyici ve hem de bastırıcı nitelik taşıyan söz konusu sınırlamaların, nicelik ve nitelik olarak çağdaş anayasalarda yeri bulunmamaktadır (39). Bunlar Anayasa'dan ayıklanmalıdır.

*b) Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü (GİİÖ)*

Radyo ve televizyon yayınlarını kapsamına alan iletişim özgürlüğü, düşünce özgürlüğünün yazıyla iletim biçiminin çok ilerisine geçmiştir. Bu nedenle, görsel ve işitsel alanda ifade özgürlüğü, sınırlıdır, örgütlüdür

(39) İ. Ö. Kaboğlu, *Türkiye'de Düşünce Özgürlüğü*, TÜGİK, İstanbul 1997, s. 89-90.

ve gözetimlidir. Avrupa'da üç boyutuyla düzenlenir: Görsel-ışitsel kurumu işletme özgürlüğü, programların içeriğine ilişkin özgürlük, görsel-ışitsel hizmetlerden yararlanma özgürlüğü.

Görsel-ışitsel iletişim özgürlüğü "sınırlı"dır. İHAM'ın 10. maddesi, devletlerin, radyo-televizyon işletmesini izin rejimine bağlı kılabileceklerini öngörmektedir. 1982 Anayasası'nda ise, (m. 26/1) işletmenin değil, "yayınlara izin sistemi"ne bağlanmasından söz edilmektedir. Görsel-ışitsel iletişim özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, teknik, sosyolojik ve iktisadî nedenlere dayanır.

Teknik neden, kullanılabilir frekansların sınırlı olmasıdır. Sosyolojik açıdan, görsel-ışitsel yayınlar, yazıdan daha geniş kitlelere ulaşmaktadır. İktisadî nedenler ise, daha çok yayın kuruluşlarının tesisi ve program üretiminin pahalı oluşuna bağlıdır.

Radyo ve televizyon istasyonları üzerinde devlet tekeli kuran Anayasa hükmünün, "Radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmek kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbesttir" biçiminde değiştirilmesinden sonra yürürlüğe konan "Radyo ve Televizyonların Kuruluşu ve Yayınları Hakkında Kanun" (RTYHK); Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na (RTÜK), "Önşartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara, tarafsızlık ve hakkaniyet ölçüleri dahilinde yayın izni ve lisans vermek" yetkisini tanımaktadır. Önşartlar ve standartlar ise, "Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi" ilkeleri göz önünde bulundurularak yine Üst Kurul tarafından tesbit edilecektir.

İHAM'a göre çoğulculuk, iletmeye elverişli enformasyon ve fikirlerin serbestçe hazırlanması ve kamu otoritelerinin hiçbir ön-sansürü olmaksızın biçimlendirilebilmesidir.

Dış çoğulculuk, iletişim kuruluşlarının anti-temerküz kuralına bağlanmaları ise, iç çoğulculuk, farklı sosyo-kültürel anlatım ve fikir akımlarına açık olma, kamu ya da özel kesimde, farklı eğilimleri yansıtıcı özelliğin korunmasıdır. Ortak amaç, iletişimin içeriğini, farklı görüşlerin yansıtılması yoluyla dolaylı olarak antene girişi sağlayacak biçimde örgütleyerek görsel-ışitsel iletişime herkesin girmesinin olanaksızlığından kaynaklanan eşitsizliğin dengelenmesidir. Fransa, İtalya, Belçika, İsviçre gibi bir-

çok Avrupa devletlerinde “çoğulculuk” ilkesinin sağlanması amacıyla yasal düzenlemeler yürürlükte (40).

Türkiye’de “devlet tekel” 1993’te sona erdi. Fakat özel TV’lerin bir kısmının belli basın gruplarının elinde toplanmasıyla, “ekonomik tekel”ler oluştu. Bu durum basındaki tekelleşmenin uzantısı olduğundan, iki komşu özgürlük kategorisinin bir tür aynı öznelerde tekelleşmesi söz konusudur.

Bu nedenle, tekelleşmeyi önlemeye yönelik anayasal kurallar ihtiyaç bulunmaktadır.

Odyovizüel iletişimin daha spesifik biçimde gözetimi, siyasal organlardan çok bağımsız idarî makamlara (BİO) verilmektedir. 1970’li ve 80’li yıllarda Avrupa devletlerinin büyük bir kısmında görsel-işitsel alanda iktidarlar karşısında organik ve işlevsel bağımsızlığa sahip olan ve önemli yetkilerle donatılan denetim birimleri oluşturulmuştur. Bu özerk kurul ya da komisyonlar, düzenleyici iktidardan yaptırım yetkisine değin birçok görev ve yetkilerle görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün gerçekleşmesinde önemli bir işlev görmektedirler.

Türkiye’de, radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek amacıyla “özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği” niteliğinde kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu önemli yetkilerle donatılmıştır. RTÜK’e bahşedilen yetkiler, idarî makamlarca görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün kullanımının durdurulması yaptırımını da kapsamına aldığından, Anayasa’nın 13. maddesine aykırı olduğu öne sürülebilir. Kısacası, bugünkü yapısıyla RTÜK, görsel-işitsel alanda düzenleme işlevini ve sözkonusu özgürlüğü güvenceleme görevini yeterince yerine getirememektedir.

### III- SINIRLAMA VE GÜVENCELERİ

İSK hakların anayasalarca tanıma ve düzenlenme biçimi, hem bunlara ilişkin sınırlama ve güvence kurallarını belirler; hem de ortak hukukî rejimi ortaya koyar. Ne var ki, anayasalar, I. kuşak özgürlüklere ilişkin türdeş ya da benzer hükümler öngördükleri halde, II. kuşak hak ve özgürlükler konusunda bundan henüz uzak bulunmaktadır (A). Bu nedenle,

(40) Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. İ. Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, s. 312 vd.

İSK haklara ilişkin ulusal-üstü metinlerin ve koruma mekanizmalarının incelenmesi, ortak ilkelerin belirlenmesine ışık tutabilir (B).

### A) ANAYASALARDA İKTİSADÎ, SOSYAL VE KÜLTÜREL HAKLAR

İSK haklar ve özgürlükler bakımından Anayasalar, “açık olarak tanıma-  
ma” ve “tanıma” şeklinde ikiye ayırddedilebilir (41).

#### 1) Açık tanıma yokluğu

İsteme hakları olarak, sosyal ve kültürel alana ilişkin hak ve özgürlüklerin ABD (1787), Norveç (1814), Belçika (1830) ve İsviçre (1874) Anayasalarında tanınmamış olması, bunların hazırlandığı dönem itibariyle, ya genel olarak hak ve özgürlükleri anayasal metne dahil etmemiş olmaları ile ya da liberal anayasacılık geleneğinin etkisiyle, yalnızca I. kuşak özgürlükleri düzenlemiş bulunmalarıyla açıklanabilir (42).

1949 Federal Almanya Anayasası, 1919 Weimar Anayasası’ndan farklı olarak isteme haklarını tanımamaktadır (43). Bununla birlikte, Anayasanın 20. maddesine göre, Almanya Cumhuriyeti, “sosyal bir devlet”tir. Sosyal devlet, Anayasa’nın temel ilkelerinden birini oluşturur. Bundan Anayasa Mahkemesi somut sonuçlar çıkarmıştır: asgarî yaşam güvencesi hakkı, sosyal güvenlik sistemi güvencesi gibi (44).

#### 2) Açıkça tanıyan Anayasalar

İnsan haklarına ilişkin hangi biçimsel tasnif kabul edilmiş olursa olsun anayasaların çoğu değişik derecelerde isteme haklarını tanımaktadırlar. Sosyal ve kültürel hakları tanıma bakımından 2. Dünya Savaşı sonrası Batı Anayasaları yeni bir dönem başlatmış olmakla birlikte, XX. yüzyılın ikinci yarısı bu konuda gelişmeci bir ilerlemeyi yansıtmamaktadır.

(41) Bkz. ve krş. L. Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian vd., *Droit des Libertés Fondamentales*, 1ere édition, Dalloz 2000, s. 274-277.

(42) 1789 Bildirgesi’nde temel ve hattâ kutsal bir hak olarak nitelendirilen mülkiyet hakkı, iktisadî özgürlük olarak söz konusu kategoriden ayrı bir yere sahiptir.

(43) Anayasa’nın 6. maddesi istisna oluşturur: “Her annenin, korunma ve toplumun yararına sahip olma hakkı vardır.”

(44) Belirten Favoreu, Gaia, vd., *Droit des Libertés ...*, s. 275.

İtalya (1947), Türkiye (1961), Yunanistan (1975), Portekiz (1976), İspanya (1978) ve Türkiye (1982) Anayasaları, İSK hakları genel olarak hak ve özgürlükler çizelgesi içerisinde ya da kendine özgü başlıklar altında açıkça tanımaktadırlar. Bunlar arasında Portekiz Anayasası, “*İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Ödevler*” (Kısım I, Bölüm 3) bölümü olarak üç ana başlık (chapitre) altında sistematik bir şekilde düzenleyerek en somut, ayrıntılı ve kapsamlı listeyi sunmaktadır (m. 59-79).

Orta ve Doğu Avrupa Devletlerinin, yani eski sosyalist ülkelerin yeni anayasaları, kişi özgürlükleri ve siyasal haklar üzerinde vurgu yapar. İktisadi ve sosyal haklar, özellikle isteme hakları niteliği taşıyanlar, I. kuşağa göre daha kısa olarak düzenlenmişlerdir. Bulgaristan (m. 51-55), Estonya (m. 27, 28, 37), Macaristan (m. 66, 67, 70), Romanya (m. 43-47), Slovenya (m. 50 vd.) bunların başında yer almaktadır. Diğerlerinde ise, söz konusu haklar daha gelişmiş bir şekilde düzenlenmiştir: Slovakya Cumhuriyeti Anayasası (m. 26-35), Rusya Federasyonu Anayasası (m. 37-44), Çek Cumhuriyeti Anayasası (m. 26-35) (45). Orta Avrupa Devletleri içerisinde en yeni anayasaya sahip olan Polonya (46), İSK hakları, mülkiyet hakkından öğrenim özgürlüğüne değin, “*İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar ve Özgürlükler*” başlığı altında ayrıntılı bir biçimde düzenlemekte (m. 64-76) ve bunları, –Anayasa Mahkemesi’ne doğrudan başvuru hakkı dahil– ötekilerle kural olarak eşit korumadan yararlandırmaktadır (47).

II. kuşak hakları Anayasa’da tanımak kadar, bunların *birinci kuşak özgürlüklerle aynı koruma derecesinden yararlanması* da önem taşımaktadır. Portekiz Anayasası’nda isteme hakları, öteki kategoriler gibi özellikle, evrensellik (m. 12) ve eşitlik (m. 13) ilkelerinden, yasaya giriş bakımından eşitlik ilkesinden (m. 20) yararlanır. İspanya Anayasası’nda isteme haklarının güvencelerden yararlanma alanı diğerlerine göre daha azdır. “*Sosyal ve iktisadi siyasetin âmir ilkeleri*” olarak bu haklar, mahkeme önünde ancak onları geliştiren yasa hükümlerine uygun olarak öne sürülebilirler;

(45) Eski Sosyalist Devlet Anayasalarına toplu olarak yer veren metin olarak bkz. *Constitutions d’Europe centrale, orientale et balte*, (Textes rassemblés et présentés par Michel Lesage), La Documentation Française, Paris 1995.

(46) 16 Temmuz 1997.

(47) Kimi hakların talebi yasanın belirleyeceği sınırlara bırakılmıştır.



yani, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel amparo başvurusundan dışlanmış bulunmaktadırlar (m. 53). Almanya Anayasası, –sosyal devlet ilkesini koyan 20. maddesi dahil– temel haklara ilişkin hükümleri değiştirme yasağını koyar. Portekiz’de ise, hak ve özgürlükler bütünü Anayasa’nın değişmez hükümleri arasında yer alır (m. 288). Yine, yasama organının Anayasal hakların uygulamaya konması için yasa çıkarmaması durumunda Anayasa Mahkemesi, ihmal yoluyla anayasaya aykırılık tekniğini kullanarak yasama organını zorlayabilir.

Anayasa Mahkemeleri, isteme haklarını zorlayıcı hukukî normlar olarak yorumlamıştır (48). İtalya, İspanya ve Portekiz anayasal yargı jürisprüdansı bunun örneklerini vermiştir. Fransa’da da, sağlık hakkı, sosyal güvenlik hakkı, normal bir ailevi yaşamı sürdürme hakkı, eğitim ve kültür hakkı, toplumsal dayanışma hakkı, anayasal değere sahiptirler. Anayasa Konseyi’ne göre, bu haklar, yasama organı için buyurucu nitelik taşımaktadır (49).

Anayasal hükümlerin doğrudan ya da dolaylı uygulanabilirliği açısından, I. kuşak özgürlüklerin tersine, II. kuşak hakların çoğu doğrudan uygulanabilirlik ilkesinden yararlanamaz; bu nedenle bunlar uygulanmaya yasa-yıcı tarafından konmalıdır. Kimi anayasalar, doğrudan uygulanabilir olanları göstermiştir (bkz. örnek olarak, Portekiz m. 18/1, İspanya m. 53/3).

Yeni bir Anayasa arayışında olan Türkiye’de 1961 ve 1982 Anayasa’larında İSK haklar üzerine ortak özellikler bulunmakla birlikte, ayrılan yönler ihmal edilebilir olmaktan uzaktır.

1961 Anayasası, “*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümde tanıdığı haklar ve devlete yüklediği ödevler arasında paralellik kurmaktadır (m. 35-53):

Ailenin korunması, mülkiyet hakkı, çalışma ve sözleşme hürriyeti, iktisadi ve sosyal hayatın düzeni, çalışma hakkı ve ödevi, dinlenme hakkı, sendika özgürlüğü, toplu sözleşme ve grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı ve öğrenim özgürlüğü...

(48) Favoreu, Gaia, vd., *Droit des Libertés ...*, s. 278-279.

(49) Favoreu, Gaia, vd., *Droit des Libertés ...*, s. 279 vd.

1982 Anayasası ise, “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” başlıklı üçüncü bölümünde, şu hükümlere yer vermektedir (m. 41-65):

Ailenin korunması, eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi, çalışma ve sözleşme hürriyeti, çalışma hakkı ve ödevi, sendika kurma hakkı, toplu iş sözleşmesi, grev hakkı ve lokavt; sağlık, çevre ve konut, sosyal güvenlik hakkı vb.

İSK hak ve özgürlükler bakımından her iki anayasada ortak özellikler ve ayrılan yönler nelerdir? İki de, ilgili hakların sınırı olarak bölümün son maddesinde ortak bir formül kullanılmaktadır: İfadesini “*Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırı*” (1961 Any., m. 53) ve “*Sosyal ve ekonomik hakların sınırı*” (1982 Any., m. 65) şeklinde kenar başlıklarında bulan kayıtlama, madde içeriğine, 1961’e göre 1982’de daha çok yansıtılmıştır.

Farklara gelince; bir kez, 1982 Anayasası, mülkiyet hakkını, “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” bölümüne (I. kuşak) kaydirmiş, buna karşılık, yeni haklardan çok devlete ödev yükleyen yönlendirici alanlar belirlemiştir: çevre ve konut; gençlik ve spor; tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması gibi. Sonra, 1982 Anayasası, iktisadî özgürlükleri daha güvenceli bir konuma sokarken, sosyal haklar alanını daraltmıştır. Bunu, *mülkiyeti* I. kuşak haklara geçirmekle ve toplu sosyal haklar alanını işçilerle sınırlı tutmakla belirgin hale getirmiş; öte yandan, 1961’in sosyal hakların alt sınırı olarak öngördüğü “*insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış seviyesi*” yerine “*hayat seviyesini yükseltmek*” gibi daha esnek kavramları kullanmıştır. Nihayet, 1982 metni, 65. maddesinde önceki Anayasa’dakine benzer formüle de farklılık yaratmıştır (50). Öte yandan, 1982 Anayasası

50) Kayıtlama, 1982 metninde sadece “*Devlet ödevleri*”nin sınırı olarak değil, aynı zamanda kişi haklarının sınırı olarak da vurgulanmıştır. 65. madde gerekçesi şöyle: “*Madde, hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirilmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirtmektedir.*” Anayasa Mahkemesi’ne göre, “*Devlete karşı ileri sürülebilecek bu hak (çalışma), bireylere zorlama yetkisi ve yaptırımını vermemiştir. Devlet, olanakları ölçüsünde, yeterli örgütler kurarak iş bulmayı kolaylaştırıp sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Devletin herkese iş verme, herkesi işe yerleştirme zorunluluğu bulunmamaktadır.*” E. 1989/14, K. 1989/49, Ka. Günü: 19.12.1989, AYMKD – 25, s. 456. Bununla birlikte, 65. maddenin yorumunda tartışılması gereken sorun, hükümetlerin, “*ülkenin olanakları*”nı nasıl kullandığı, hangi yönde tercihlerde bulunduğu ya da anayasanın öteki hükümleriyle birlikte (örneğin plânlama ilkesi) değerlendirme sorunudur. Her iki maddenin sosyal haklara etkisi ve sınırları bakımından öğretilerde yapılan tartışmalar konusunda bkz. İ. Ö. Kaboğlu, *Kolektif Özgürlükler*, s. 250-253.

"Kişinin Temel Hakları ve Ödevleri" bölümünün sonuna "Temel Hakların Korunması" başlıklı bir hüküm koymuş olmakla (m. 40), her iki bölümü birbirinden ayırmıştır.

Genel bir karşılaştırma yapılacak olursa, 1961 ve 1982 Anayasaları, başka ülke Anayasalarına göre daha sistematik ve geniş bir hak ve özgürlükler çizelgesi öngörmektedirler. Bununla birlikte, karşılaştırmalı özgürlükler anayasa hukuku ışığında Türkiye'de önemli sapmalar gözlenmektedir: I. kuşağa göre ikincil konumda düzenlenen II. kuşak içerisinde iktisadî ve sosyal haklar arasında dengesizlik yaratılmış olması, kültürel haklara gereksiz sınırlamalar getirilmiş olması, 65. madde gibi devlet açısından sosyal hakları gerçekleştirme bahanesi olarak kullanılacak bir hükmün Anayasa'ya konmuş olmasıdır.

Bu açıklamalar, 1982 Anayasası'nda 1995 ve 1999'da gerçekleştirilen iki önemli değişiklik ile doğrulanmaktadır. 1995 değişiklikleriyle (51), toplu sosyal haklara ilişkin sınırlar kısmen kaldırılırken, 1999'da yapılan değişikliklerle (52) iktisadî özgürlükler alanı ileri derecede genişletilmiştir.

4 madde ile sınırlı Anayasa değişikliği, bütün olarak iktisadî liberalizmi ulusal ve uluslararası boyutlarıyla daha da "serbestleştirme" amacını taşımaktadır. Bu hedef, özel girişim özgürlüğü ile sanayi ve ticaret özgürlüğü üzerinde genişletici bir etki yaratacağından, bunların kötüye kullanılma olasılığını arttıracaktır.

#### A) ULUSAL-ÜSTÜ ALANDA

Avrupa ölçeğinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), uluslararası ölçekte ise, Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ), iktisadî, sosyal ve kültürel hakların güvence ve sınırlarını ortaya koyar.

(51) 23.7.1995 ta. ve 4121 sy. Kanun ile yapılan değişiklikler. R.G.: 26.7.1995 – 22355.

(52) Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının bazı maddelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin Kanun no: 4446, Kabul tar. 13.8.1999; (R.G.: 14.8.1999 – 23786, s. 16).

## 1) İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve Avrupa Sosyal Şartı (ASS)

Ulusal-üstü alanda en etkili güvence sistemi olarak İHAS, I. kuşak özgürlükleri düzenleme konusu yapmaktadır. Sosyal hak olarak sadece sendika özgürlüğünü güvencelemektedir. 1 No.lu Ek Protokol'un 1. maddesi "mülkiyet hakkı"nı, 2. maddesi ise, "eğitim hakkı"nı tanımaktadır.

Bununla birlikte, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), "kuramsal veya yanıltıcı haklar değil, hakların somut ve etkili (gerçek) korunması"(53) yönünde bir içtibat geliştirdi. Korunan hakların etkililiğini sağlamak amacıyla güncel koşullar ışığında Sözleşme'yi yorumlama yetkisini kendisinde gören İHAM, evrimci yorum ilkesini uygulayarak pretoryen yolla yaratıcı bir jürisprüdans oluşturdu (54). En muhtaç olan kesimler yararına Sözleşme ve Ek Protokollarınca güvencelenmiş korumayı genişletmenin sonucu şudur: "aşırı fakirlik durumu, Sözleşmece korunan hakları zedelemeye elverişlidir" (55).

İHAM, bir sendikaya katılmama veya ondan ayrılma hakkı, Sözleşme'de yer almadığı halde, Sözleşme'nin evrimci niteliğini vurgulayarak ("günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan enstrüman"), 11. maddenin olumsuz dernek (veya sendika) özgürlüğünü de bahsettğini doğrulamıştır (56). Bu kararı teyid eden sonraki kararında (57) Mahkeme, sendika özgürlüğünün içeriğini genişleterek, buna toplu görüşme hakkını örtülü bir biçimde dahil etmiş bulunuyor.

(53) Airey kararı, 9 Ekim 1979.

(54) Bunu, Airey'den sonra, Sigurdur Jigurjonsson kararıyla (30 Haziran 1993) ilerletti; Gustafsson/Suede kararıyla (25 Nisan 1996) pekiştirdi ve Gaygusuz/Autriche kararıyla sürdürdü (16 Eylül 1996).

(55) "Sefalet, bireylerin ve ailelerin sorumluluğuna giren bir marjinalite fenomeni değildir; toplumsal yapının iyi işlemeyişinden kaynaklanan bir olgudur; bu durum (toplumun kötü işleyişi), insan haklarını ihlâl etmektedir." (F. Sudre, "Misère et Convention Européenne des Droits de l'Homme", akt. Lambert, a.g.m., s. 686)

(56) İzlânda'ya karşı verilen Sigurjonsson kararı bu konuda bir "ilke kararı" olarak nitelenmektedir.

(57) Bunu, İsveç'e karşı verilen Gustafsson kararında yapmıştır.

İHAM, sosyal yardımlar alanında eşit işlem hakkını da iletmiştir. Bunu, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddeyi “özerkleştirmek” suretiyle yapmıştır (58). Sözleşme kapsamına sosyal hakları girdirmenin vektörleri olarak, “mülkiyet hakkı” – 14. madde ilişkisini ve ailevî yaşama saygı hakkını (m. 8) kullanmıştır (59).

Sözleşme kapsamına sosyal hakları daha çok alması konusunda İHAM oldukça çekingen ve ihtiyatlı davranmaktadır (60).

Sosyal hakları düzenleyen Avrupa Sosyal Şartı (ASŞ), İHAS'a göre gevşek bir koruma mekanizması öngördüğünden, sınırlı güvenceye sahiptir (61).

Şart'ın uygulanmasını iki organ denetler. Biri Uzmanlar Komitesi olup, yedi bağımsız eksper ve bir de UÇÖ temsilcisinden oluşur. Taraf devletler her iki yılda bir, Şart hükümlerinin (Bölüm II) uygulanmasına ilişkin rapor sunar. Diğeri ise Hükümet Komitesi olup, taraf devletlerin her birinin temsilcilerinden oluşur. Uzmanlar Komitesi'nin değerlendirmeleri bu Alt Komite'ye sunulur.

Avrupa Konseyi Parlâmenter Asamblesi, iki komitenin değerlendirmeleri üzerine görüş oluşturmak için devreye girer. Asamble'nin bu görüşü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin dikkatine sunulmak üzere formüle edilir. Nihai karar yetkisine sahip olan Bakanlar Komitesi, Sosyal Şart yükümlülüklerini yerine getirmeyen taraf devletlere tavsiyelerde bulunur. Bunlar genellikle ilgili devletin ulusal mevzuatında değişiklikleri hedef

---

(58) Avusturya'da diğer koşullara sahip olduğu halde yurttaşlık sıfatı bulunmadığı için “acil yardım isteği” ilgili makamlar tarafından reddedilen Gaygusuz (Türk)'u mağdur eden işlemin farklılığı “hiçbir objektif ve haklı nedene” dayanmadığı gerekçesiyle, Avusturya'nın 14. maddeyi ihlâl ettiğine karar verilmiştir.

(59) İHAM tarafından oluşturulan içtihadı göre, “sosyal alan”, âdil bir dâva hakkının bileşimi olarak Sözleşme alanına dolaylı şekilde girebilir. Söz konusu sosyal hak, mülkiyete ilişkin sübjektif bir hak olduğu andan itibaren 6. madde anlamında “medeni bir hak”tır (Petronic/Autriche kararı).

(60) Oysa öğretisi İHAM'ı bu yönde cesaretlendirmektedir. İHAM'ın konuya ilişkin içtihadı konusunda daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Christophe Pettiti, “La protection des droits sociaux fondamentaux: l'aube du troisième millénaire”, s. 613-620; F. Sudre, “Les droits sociaux et la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 2000, s. 28-32.

(61) Şart'ın içeriği konusunda bkz. yuk. Başlık II.

alan tavsiyelerdir. Ekleme gerekir ki, Avrupa Sosyal Şartı'nın hükümlerinin uygulanmasına ilişkin denetim mekanizmaları giderek zorlayıcı hale gelmektedir (62).

## 2) Uluslararası ölçekte

Sosyal hakların korunmasında başlıca uluslararası organ Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) (63), iktisadî özgürlüklerin uluslararası alanda kullanımının başlıca aracı ise Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ)'dür.

UÇÖ'nün 1919 yılında kurulmuş olması (64), sosyal hakların anayasalara göre uluslararası alanda daha erken tanınmaya başlandığını göstermektedir. UÇÖ'nün hazırladığı sözleşme sayısı 181 olarak belirtilmektedir (65). Bunlar arasında Türkiye'nin onayladıklarının sayısı 39 kadardır (66).

Uluslararası Çalışma Örgütü, genel denetim ve şikâyetlere dayalı özel denetim mekanizması öngörmektedir. Genel denetim, rapor incelemelerine dayalı bulunmaktadır:

*"Yıllık raporlara dayalı olarak düzenli biçimde ve kendiliğinden işleyen denetim, bu amaçla kurulan iki organca gerçekleştirilir. Denetimin ilk aşamasında görev yapan organ, Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Uzmanlar Komisyonu'dur. İkinci ve son aşamasında görev yapan organ, Sözleşme ve Tavsiyelerin Uygulanması Konferans Komisyonu'dur"*(67).

Sendikaların veya taraf devletlerin ya da konferans delegelerinin şikâyetleri üzerine yapılan genel denetim, onaylanan bir Sözleşmenin gereğince uygulanıp uygulanmadığına ilişkin bulunmaktadır.

(62) G. Cohen – Jonathan, "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations régionales: Documents et études", *La Documentation française*, Juill, 1989 s. 34.; Akıllıoğlu, a.g.m., s. 31.

(63) ILO (International Labour Office).

(64) Konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Mesut Gülmez, *Uluslararası Sosyal Politika*, TODAİE yay., Ankara 2000.

(65) Sözleşme ve Tavsiyelerin çizelge olarak tam bir dökümü için bkz. M. Gülmez, a.g.e., s. 225-241 (Çizelge 1).

(66) Bkz. M. Gülmez, a.g.e., s. 241-244, Çizelge 2: Türkiye'nin Onayladığı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmeleri (1937-1999).

(67) Bkz. M. Gülmez, a.g.e., s: 188.

Şikâyetlere dayalı özel denetim ise, Sendika Özgürlüğü Araştırma ve Ulaştırma Komisyonu ile Sendika Özgürlüğü Komitesi tarafından yapılmaktadır (68).

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) ise, sermayenin serbest dolaşımı temelinde iktisadî özgürlüklerin uluslararası kullanımının önünü açmakta, ancak sosyal haklar üzerinde tehlike oluşturmaktan geri kalmamaktadır.

Avrupa Konseyi Parlâmenter Asamblesi, Dünya Ticaret Örgütü ve sosyal haklara ilişkin olarak 1996 yılında kabul ettiği bir tavsiye kararında, *"Dünya Ticaret Örgütü yoluyla ticaretin küreselleşmesinin, temel sosyal hakları güvenceleyen hükümleri beraberinde getirmediği"*nden yakınmaktadır (69).

BM İktisadî, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Paktı ise, Ekonomik ve Sosyal Konsey ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ni öngörmektedir. Denetim mekanizması, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'ne sunulan raporlarla sınırlı kalmaktadır. Bu nedenle, özel kişi ve gruplardan kaynaklanan bildirimlerin incelenmesini öngören seçmeli Protokol tasarısı hazırlanmıştır. Pakt'ın sosyal hakları koruyucu işlevini görmesi, büyük ölçüde Pakt'a saygı duyulmadığı iddiasıyla şikâyet olanağı sağlayan seçmeli Protokol'un yürürlüğe girmesine bağlı bulunmaktadır (70).

## DEĞERLENDİRME

Bir yandan birinci kuşak özgürlüklerin gerçeklik kazanması, öte yandan üçüncü kuşak haklara duyulan gereksinimin azalması, ikinci kuşağı oluşturan üç kategori hak ve özgürlüğün güvencelenerek geliştirilmesine bağ-

(68) Konunun tahlili için bkz. M. Gülmez, a.g.e., s. 200 vd. Denetim sisteminin değerlendirilmesi ve yetersizliği için bkz. s. 221-222. UÇÖ denetim mekanizması hakkında ayrıca bkz. C. Pettiti, "La protection des droits sociaux fondamentaux ...", s. 623-624.

(69) Belirten C. Pettiti, "La protection des droits sociaux ...", s. 623.

(70) Toplumsal iletişim özgürlükleri konusunda Uluslararası Basın Enstitüsü'nün (IPI) etkinliklerine ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'ne işaret edilebilir. Sanat özgürlüğü konusunda, sinema-televizyon sanatçılarının telif haklarının korunması için ilk uluslararası sözleşme hazırlığı devam etmektedir (Bkz. *"Türkiye Sanatçısına Duyarsız"* başlıklı haber, E. Karakitapoğlu, Cumhuriyet, 15.12.2000, s. 6).

lıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi için, öncelikle, “*iktisadî*”, “*sosyal*” ve “*kültürel*” alanda insan gereksinimleri temelinde tanınan hak ve özgürlüklerin dengeli birlikteliği sağlanmalıdır. Ne var ki, her üç kategori arasında güvence ve gerçekleşme derecesi bakımından denge, ne uluslararası ölçekte ne de ülkemiz hukuk düzeni ve uygulamasında sağlanabilmiştir.

Uluslararası ölçekte, iktisadî özgürlüklerle sosyal haklar arasında, sermayenin serbestçe dolaşımı temelinde ivme kazanan küreselleşme olgusu karşısında, sosyal hakları güvencelemek amacıyla oluşturulan koruma mekanizmaları sınırlı kalmıştır.

Türkiye’de ise, sosyal devlet ilkesinden uzaklaşılması ve sosyal hakların gereksinimlere yanıt verememesi, toplumsal bunalımı derinleştirmiştir. Yasakoyucunun, satın alma gücü düşük toplumun geniş çalışanlar kesimine olanak ve hak sağlayıcı düzenleme yapma konusundaki hareketsizliği, toplumsal dengesizliği ve bunalımı giderek derinleştirmektedir.

Buna karşılık, Parlâmento yeni düzenlemelerle iktisadî özgürlüklerin önünü daha çok açmaktadır. Bu nedenle, Türkiye’de en çok kötüye kullanılan özgürlükler, iktisadî alana ilişkin bulunmaktadır.

İktisadî özgürlüklerin kötüye kullanılması, maddî kamu düzenini ihmal etmeyebilir; ancak kamu yararını, toplum düzenini ve ekonomik kamu düzenini ciddi biçimde zedeler; kalıcı ve onarımı mümkün olmayan etkiler bırakır. Kötüye kullanımın neden olacağı kalıcı ihlaller gözönüne alınarak, teşebbüs kurma serbestliği, sadece bir idarî izin ya da ruhsat ile değil –belli kategoriler için– çevresel etki değerlendirmesiyle yurttaş katılımını da kapsamına alan bir dizi işlem ve prosedür çerçevesinde ancak mümkün olabilmelidir. Kapitalist devletin düzenleyici ve denetleyici özelliği gözardı edilmemek gerekir. Bu bakımdan Türkiye ile Avrupa devletlerindeki düzenlemeler arasında paralellik bulunmamaktadır. Bizde sosyal ve kolektif nitelikli hak ve özgürlükler “*katı*”, özel girişim özgürlükleri “*geuşek*” bir düzenlemeye tâbi kalındığı halde, Batı Avrupa Devletlerinde iktisadî sektörde giderek girift kurallar öngörülmektedir.

Kültürel haklara gelince; bunlar içerisinde eğitim ve öğrenim özgürlüğünün sağlanması ne denli devletin denetim ve gözetimi çerçevesinde edim yükümlülüğünü gerekli kılıyorsa, sanatsal yaratma devlet organlarının müdahalesinin dışlanması ölçüsünde gelişebilir.(Sanat özgürlüğünün gü-



vencesi olarak, bu alanda özerk sanat kurumları ve devletin sanatsal etkinliklere –özellikle ülke geneline yaygınlaştırma bakımından– katkı ve yardımına işaret edilebilir.)

Toplumsal iletişim özgürlükleri olarak basın ve görsel-işitsel iletişim özgürlüğünün özgül durumu gözönüne alınmak suretiyle düzenleme yapılmalıdır.

Toplumsal iletişim özgürlüğü, dış çoğulculuk rejiminde, “*özel girişim özgürlüğü*” temeline dayanır. Bu açıdan “*iktisadî liberalizm*” tabanı belirgindir. Bununla birlikte, toplumsal iletişim özgürlükleri ifade özgürlüğünün ayrıcalıklı aracı ve çoğulcu demokratik rejimin kurucu öğeleri olarak “*siyasal liberalizm*” alanında yer alırlar. Bunlar, kültürel hak ve özgürlükler kategorisini oluştururlar. Bu nedenle, söz konusu özgürlüklerin kalkış noktasını yatırımlar, çerçevesini ise işletmeler oluştursa da; kanaat, enformasyon, ifade özgürlükleri ile eğitim–öğretim, bilim ve sanat özgürlüklerinin gerçekleşmesinde temel bir işlev görürler. Ticarî ve sanai girişim temeli bulunsa da, bu sınırlı kalmakta; belirgin nitelikleri, kültürel etkinlik ve özgürlük olmalarıdır. Temel karakteristikleri ve amaçları gözden uzak tutulmadıkları ölçüde toplumsal iletişim özgürlükleri alanında tekelleşmenin önüne geçilebilir. İletişim özgürlükleri açısından toplumsal sorunlar, bilimsel gerçekler ve sanatsal kaygılar basın ve yayımın içeriğinde belirleyici olmalıdır.

Türkiye’de, toplumsal iletişim özgürlükleri içerisinde ve her iki alt-kategori arasında tanık olunan tekelleşme olgusunun iktisadî özgürlükler bütününe kapsar boyutlara ulaşması, düzenleme ve denetleme eksikliğinden kaynaklanmaktadır. İktisadî özgürlükleri dizginlemek için, sosyal hakları güvencelemek için düzenleme ve denetleme gereği, anayasal düzeyde kendini hissettirmektedir. Bir tür “*özgürlüklerarası tekel*” ancak her hak ve özgürlük kategorisinin etkinlik alanına ve amacına elverişli normatif düzenleme ile önlenebilir. İktisadî özgürlüklerin kullanılması, ülke ölçeğinde sürdürülebilir gelişme hedefinde normatif nitelikte plânlama bağlamında düzenlenmelidir.

Öte yandan kültürel hakları ve sanat özgürlüğünü sınırlayan anayasal engellerin ortadan kaldırılması, bunların evrensel özelliğini uluslararası alana taşımaya katkıda bulunabilir. Toplu sosyal haklara ilişkin anayasal kısıtlamaların azaltılması, bu alanda uluslararası ölçekte faaliyete olanak sağlar.

Kültürel haklarda uluslararası açılım, “*kültür emperyalizmi*” boyutuna varmamak kaydıyla, küreselleşmenin olumlu yüzü olarak değerlendirilebilir. Sosyal haklar alanındaki açılım ise, iktisadî liberalizmin küreselleşmeyi hızlandırmasının yarattığı tehlikeleri dengeleme faktörü işlevi görebilir.

Kuşkusuz uluslararası alanda, İSK haklar dengesini kurmak amacıyla, mevcut sosyal haklar güvencelerinin geliştirilmesi suretiyle Dünya Ticaret Örgütü çerçevesinde gelişen iktisadî etkinlikleri dizginlemek gerekir. Ne var ki, yalnızca resmî örgütlerin ilerletilerek koruma derecesinin yükseltilmesi yeterli olamaz. Uluslararası sivil toplumun ve hükümet dışı kuruluşların (NGO) da bu alanlarda güçlendirilmesi gereği bulunmaktadır. İktisadî ve ticarî etkinliklerin uluslararası ölçekte izlenmesi, resmî olmayan örgütlerin geliştirilmesi suretiyle sağlanabilir (71).

Türkiye açısından; sözkonusu önerilerin gerçekleşmesi yeni bir Anayasa'nın yapılmasına bağlı görünüyor. Ulusal değerlerle evrensel ölçütlerin birleşimine dayalı yeni anayasa; İSK hakları I. Kuşak özgürlüklerle eşit değerde tanınmalı, İSK hakları kendi içerisinde uyumlu ve dengeli bir düzenlemeye bağlı kılmalı, bununla birlikte farklı hak ve özgürlükler için her birinin niteliğine uygun sınırlama ve güvence kuralları öngörmeli, ayrıca hak ve özgürlükler konusunda Türkiye'nin onayladığı uluslararası insan hakları belgelerine açıkça yollama yapmalıdır.

(71) Bkz. ve krş. Christophe Pettiti, “La protection des droits sociaux fondamentaux ...”, s. 621-622.

Sayın Kaboğlu'na biz de teŖekkür ediyoruz.

Sayın Kaboğlu, sabahın ilk konuŖmacısı olarak zamanı kullandı; fakat diğer konuŖmacılara aynı toleransı verebilecek miyiz, bilemiyorum. Çünkü saat 13.00'da Sabah Oturumunu kapatmak zorundayız.

Ŗimdi ikinci olarak Sayın Mesut Gülmez'in konuŖmasını dinleyeceğiz. Kendisi, tartiŖmacı olarak Sayın Kaboğlu'nun ifade ettiği konular üzerinde düŖüncelerini açıklayacak.

Buyurun Sayın Gülmez, söz sizin.

### **Prof. Dr. Mesut Gülmez**

---

**Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü**

TeŖekkür ediyorum Sayın Başkan.

Değerli meslektaŖımın bildirisini kendi planı çerçevesinde ele alıp, bu konuya iliŖkin görüŖlerimi belirtmeye çalıŖacađım. Zamanın çok sınırlı olduğunu göz önüne alarak, bildiride yer alan ve çoğunluğu oluŖturan katıldığım noktalara değinmekten olabildiğince kaçınacağım; -yazılı metinde bunlara yer veriyorum- daha çok değinilmeyen noktalar üzerinde, belki tamamlayıcı olmak üzere durmaya özen göstereceğim ve ayrıca yer yer paylaŖmadıđım ya da Kaboğlu'ndan açıklık getirmesini beklediğim konulara iliŖkin yönler üzerinde duracağım.

Ben, saptamalar ve maddeler biçiminde sıraladım. Önce İnsan Hakları bağlamında ekonomik, sosyal ve kültürel haklar konusunun ele alınması gerçekten doğrudur, yerindedir; konuya sadece ulusal düzeyde bakmak yetersizdir. İkinci olarak, ikinci kuŖak hakların oluŖumunda, yazılı hukuka girmesinde, iŖçi sınıfı etkeninin belirleyici rolünü vurgulamıŖ olması gerçekten önemlidir. Sanayi Devriminin yarattığı olan iŖçi sınıfından ve onla-

rın bedelini ödeyerek verdiği savaşımından söz ederek ikinci kuşak haklardan herhalde söz etmek çok eksik olurdu. İkinci kuşak hakların hukuka tanınmaya başlamasıyla ilgili olarak, ağırlıklı biçimde İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasalarına ve Birinci Dünya Savaşı sonrası anayasalarına değiniyor; ama bu arada unuttuğu, belki de uygulanmadığı için yer vermeye gerek görmediği iki anayasadan, hatta anayasalardan söz etmekte yarar görüyorum: 1793 Fransız Anayasasıyla 1848 Anayasaları... Her ne kadar uygulanamamış olsalar da sosyal hakların yazılı hukuka girmesinden söz edildiğinde, bunların da anılmasında yarar var diye düşünüyorum.

Bir başka noktanın altını çizmekte yarar görüyorum; bildiride değinildiği, ama yeterince vurgulanmadığı kanısındayım: İnsan haklarının uluslararasılaşması sürecinde, Uluslararası Çalışma Örgütünün gerçekten insan hakları uzmanlarının yeterince önem vermediği bir yeri ve rolü vardır diye düşünüyorum. Çünkü hem kural üretme açısından, hem de bu kuralların yaşama geçirilmesi ve uygulanması; yani koruma ve denetim mekanizmaları açısından 1919'da kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü, gerçekten önemli bir aşamayı oluşturmaktadır. Birinci kuşak haklar ulusal nitelikli düzenlemelerle yazılı hukuka girerken, ikinci kuşaklar sosyal haklardan başlayarak uluslararası hukuka girmeye başlamıştır. Üstelik de geleneksel uluslararası hukuk anlayışının katı biçimde egemen olduğu bir dönemde ve sosyal hakların uluslararası hukuka girmesinin sosyalizmin uluslararası hukuka girmesi anlamına geldiğinin ünlü uluslararası hukukçular tarafından ileri sürüldüğü bir dönemde Uluslararası Çalışma Örgütü ile sosyal haklar uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Onun için bu noktanın vurgulanmasında yarar görüyorum.

Bildiride, insan haklarının evrim süreci içinde "çatışma mı, tamamlama mı" biçiminde ele aldığı konu bağlamında, kuşkusuz adını vermeksizin insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesine değinmiştir.

İkinci bölüme ilişkin saptamalarımı belirtmeye geçecek olursam; ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili olarak, ulusal ve uluslararası öğretilerde ileri sürülen kuramsal görüşlere belki topluca değindikten sonra bu hakların içeriksel olarak anayasalar düzeyinde ele alınmasına geçmek daha yararlı olabilirdi diye düşünüyorum. Gerçi bildirinin çeşitli bölümlerinin

de sosyal haklara ilişkin tanımlar yapılmaktadır ve bunun özellikleri de eksik olmaksızın kuşkusuz belirtilmektedir.

Yine sosyal hakların üç alt başlıkta sınıflandırılarak incelenmesinden önce, 1961 ve 82 anayasa koyucularının özellikle sosyal devlet ve sosyal haklar konusuna yaklaşımı arasındaki temel farkların vurgulanması yararlı olurdu diye düşünüyorum. Ancak, bundan sonra belki haklar düzeyindeki içeriksel incelemeye geçmek, bunun altını çizdikten sonra içeriksel incelemeye geçmek daha anlamlı olurdu diye düşünüyorum.

Toplu sosyal haklarla ilgili olarak bazı önemli saptamalarım var. Bu konuda da yine 1982 Anayasasının toplu sosyal haklara ilişkin düzenlemesinin özünde yatan temel yaklaşımı vurguladıktan sonra bunların ele alınmasının yararlı olacağını düşünüyorum. Bu konuda aşırı tepkici, ayrıntıcı, baskıcı ve yasakçı bir yaklaşımın söz konusu olduğunu, toplu sosyal haklara ilişkin düzenlemenin sendikaları mesleki alana hapsedmeyi amaçladığını, demokratik baskı kümesi işlevleri görmekten alıkoyma amacı taşıdığını, bütün düzenlemeye baktığımız zaman çok açık olarak görüyoruz ve bunun altında da 1982 Anayasasının -sonuç bölümünde görüşlerimi belirtirken üzerinde biraz daha belki geniş olarak durmayı düşündüğüm- 24 Ocak Ekonomik Programının bir aracı olması olgusunun bulunduğu belirtmek istiyorum.

Toplu sosyal haklarla ilgili olarak, 1995 Anayasa değişikliği, 53. Maddeye eklenen yeni fıkra ve bu konuya ilişkin olarak Kaboğlu'nun bildirisinde kullandığı terimlere takıldım. Bu ek fıkrada, sözü edilen memur sendikalarının toplu sözleşme ve grev haklarının dışında tutulmuş olduğundan söz ediyor ve sonra da grev hakkından kamu görevlilerinin yoksun bırakılmış olduğundan söz ediyor. Bununla, sanıyorum Anayasa düzeyinde bu hakların kamu görevlilerine ve sendikalarına yasaklanmış olduğunu belirtmek istememiştir diye düşünüyorum. Çünkü Kaboğlu'nun 96'da, Çalışma Bakanlığınca istenen görüşlerine başvurduğum zaman, onu okuduğum zaman, "bu konuda Anayasada kesinlikle bir yasak yoktur" düşüncesini dile getirdiğini ve bu görüşleri de paylaştığımı biliyorum. Çünkü bazı çevreler, bu dışında tutulmayı ve yoksun bırakılmayı Anayasa koyucunun öznel iradesine uygun olarak yasakçılık biçiminde yorumlayabilirler; buna burada açıklık getirmesinde yarar var diyorum.

53/3 acaba doğrudan doğruya uygulanabilir mi? Bu konudaki görüşünü çok ilginç buluyorum. Bazı ülke anayasa mahkemelerinin verdiği kararlardan yola çıkarak, doğrudan doğruya uygulanabilir nitelik taşıdığını keşke ben de böyle savunabilseydim diye düşünüyorum. Çünkü toplu sosyal haklardan sendika ve grev hakları kendiliğinden ve doğrudan doğruya uygulanabilir nitelikte haklar olduğu halde, toplu görüşme hakkı ancak iki tarafın istemesiyle kullanılabilir nitelik taşıyan bir haktır. Bu niteliksel fark, toplu görüşme hakkının ne yazık ki özel bir yasal düzenleme olmadan; yani işvereni toplu görüşme masasına oturtmayı amaçlayan, zorlayan bir yasal düzenleme olmadan buna işlerlik kazandırılmasının çok kolay olmayacağını düşünüyorum. Ancak, sendikal haklar ve sendikal etkinliklerle ilgili olarak Başbakanlığın baştan beri yaptığı, yasa boşluğunu doldurmak amacıyla başvurduğu bir yöntem; yani bir genelgeyle toplu görüşme hakkını uygulamaya aktarmaya, ona işlerlik kazandırmaya olanak bulunduğunu düşünüyorum. Toplu görüşme hakkı, bir Başbakanlık genelgesiyle Anayasadaki çerçeveye ve uluslararası sözleşmelere uygun bir biçimde düzenlenebilir ve bunun Anayasaya ve yürürlükteki mevzuata uygun düşmeyeceğini de sanıyorum. Çünkü demokratik devlet ve sosyal devleti de bilhassa bunun gereği olarak belirtiyorum.

Bu konuya ilişkin olarak bir yeni gelişmeden, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün denetim organlarından Sendika Özgürlüğü Komitesinin çok yeni bir kararından, Mart 99 tarihli bir kararından; bir memur sendikamıza, yerel yönetimlerde, belediyelerde örgütlenmiş memur sendikamıza ve onun yaptığı yakınmaya ilişkin olarak verdiği bir karardan söz etmek istiyorum. Sendika Özgürlüğü Komitesi, "Toplu görüşme hakkı, kamu görevlileri için de uluslararası sözleşmeler çerçevesinde güvenceye alınmış olan bir haktır. Bu sendikanın, **BEM-BİR-SEN** Sendikasının sosyal denge sözleşmeleri adıyla yaptığı, imzaladığı sözleşmelerin uygulanması engellenemez ve bu hakkın kullanılması için de sendikalardan yasanın çıkmasını beklemek istenemez" demiştir ve devletten, hükümetten, bu sendikaya yönelik olarak başlattığı soruşturmaları da geri alması istenmiştir. Bu, önemli bir gelişmedir. Bu zaten yeni bir şey değildir; kamu görevlilerinin toplu görüşme hakkı, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmeleri çerçevesinde güvenceye alınmış bir haktır.

Kültürel haklardan, eğitim hakkıyla ilgili olarak uluslararası boyuta değinilmemiş olmasını önemsiyorum. Çünkü uluslararası sözleşmelerde, eğitim hakkının amaçlarından biri, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı geliştirmektir. Bu, bizim Anayasada da ve ulusal düzenlemelerde de, yasalarda da yer almamaktadır. Buradan insan hakları eğitimi hakkını da çıkarmak olanaklıdır ve insan hakları eğitimi hakkının kendisinin de bir insan hakkı olduğunu vurgulamak önem taşımaktadır. Eğitim hakkı sadece sosyal bir hak değildir; bunun özgürlük boyutu, birinci kuşak hakların taşıdığı özellikleri yansıyan boyutu da vardır. Dolayısıyla eğitim hakkını çok boyutlu ya da kuşaklar arası bir hak olarak niteliyorum.

Bildirinin üçüncü bölümüne ilişkin saptamalarım arasında, daha önce değindiğim 1793 ve 1848 anayasalarına değinilmemiş olması, 1961 ve 82 anayasaları arasındaki sosyal devlet ve sosyal haklar yönünden yaklaşım farkının önce genel olarak ortaya konulmamış olması bulunmakta. Ancak, özellikle tüm ülkelerde anayasa yargı kararlarıyla isteme haklarının zorlayıcı hukuki normlar olarak yorumlanmış olmasına bir kez de ben dikkat çekmekte yarar görüyorum.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve sosyal haklar bağlamında sendika özgürlüğü ilkesinin 11. Maddede güvenceye alınan toplu görüşme hakkını da örtük biçimde içerdiği yolunda yorumlanabileceği konusunda ne yazık ki kendime rağmen kuşkularım var. Çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 70'li yılların ortalarında verdiği 3 kararını bildiğim için ve bu kararları anımsadığım için ve bu kararlar bağlamında 11. Maddenin ne toplu görüşme ve toplu sözleşme hakkını, ne grev hakkını güvenceye aldığını, yani almadığını açıkça belirttiğini bildiğim için, bu 1996 Gustavson kararından örtük biçimde böyle bir sonuca ulaşılmasının çok kolay olmadığını kanımsıyım, bunun tartışmaya açık bir nokta olduğunu belirtmek istiyorum. Çünkü burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin sendikaların toplu çıkarlarını korumak için devlete verdiği bazı yükümlülükler vardır, olumlu yükümlülükler vardır; ama devlet, bunlardan hangisini alacağını seçme hakkına sahiptir, bu biçimde dile getirmiştir. Toplu görüşme de bunlardan sadece birisidir, grev de bunlardan birisidir. Ancak, "mutlaka bunları yapar" anlamında bir sonuç çıkarmamın ne yazık ki kolay olmadığını düşünüyorum.

Sosyal hakların uluslararası denetim ve koruma mekanizmalarıyla ilgili olarak bildiride değinilmeyen ve daha doğrusu Kaboğlu'nun belki bana bıraktığını düşündüğüm bazı yeni gelişmelerden söz etmekte yarar görüyorum. Birincisi, Avrupa Sosyal Şartı bağlamındaki yeni gelişmeler, özellikle sosyal haklara küresel saldırıların yoğunlaştığı 90'lı yıllardan sonra uluslararası ve bölgesel düzeylerde de sosyal hakları hem içerik olarak, hem denetim mekanizmaları olarak güçlendirme açısından bazı çabalar gösterilmiştir. Bunlardan biri, Avrupa Sosyal Şartı bağlamında gerçekleştirilmiştir; rapora dayalı denetim mekanizması biraz daha etkili biçime dönüştürülmek için bir protokol kabul edilmiştir. Daha önemlisi, 1995'te kabul edilen bir başka protokol ile de ulusal ve uluslararası sendikal örgütlere, sosyal şartta yer alan sosyal hakların çiğnendiğine ilişkin toplu yakınmalarda bulunma olanağı sağlanmıştır ve buna ilişkin bir denetim mekanizması da oluşturulmuştur.

Uluslararası Çalışma Örgütü bağlamında bu konuda atılmış yeni bir adım vardır. 1998'de kabul edilen Çalışmaya İlişkin Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesi ile, bir izleme sistemi; iki kanaldan işleyen, yıllık ve küresel raporlara dayalı olmak üzere işleyen bir izleme sistemi, var olan denetim mekanizmalarına eklenen bir izleme sistemi kurulmuştur.

Üçüncü bir yeni gelişme, yine 90'lı yıllardan sonra sıkça başvurulmaya başlanan ve Birleşmiş Milletler çerçevesinde söz konusu olan sözleşme dışı denetim mekanizmaları çerçevesinde -İnsan Hakları Komisyonunun başvurduğu bir yöntem- sosyal haklar da kapsama alınmaya başlanmıştır. İnsan Hakları Komisyonunca atanan özel raportörler ya da bağımsız uzmanlar tarafından, dünyadaki bazı haklara yönelik ihlal savları inceleme-ye alınmaya başlanmıştır. Bunların arasında örneğin gelişme hakkı vardır, aşırı yoksulluk vardır, eğitim hakkı vardır, uygun konut ve beslenme hakları vardır. Yapısal uyum programlarıyla ikinci kuşak haklardan yararlanma arasındaki ilişkiye ilişkin sorunlar vardır; bunları da İnsan Hakları Komisyonu gündemine almıştır ve sözleşme dışı dediğimiz bir denetim mekanizmasını işletmeye başlatmıştır.

Değerlendirme bölümündeki görüşlerine genellikle katıldığımı belirttikten sonra, sürenin daraldığını ve kendi görüşlerimi belirtmek istediğim için, o bölümü atlayıp doğrudan doğruya 1982 Anayasası ve bu anayasa-



nın sosyal ve sendikalar haklarıyla ilgili bölümüne ilişkin değerlendirmelerini sunmakla konuşmama son vereceğim.

1982 Anayasası, 24 artı 12 Anayasasıdır. Bunu şimdi açmaya çalışacağım:

1. 1982 Anayasası, her şeyden önce 24 Ocak Anayasasıdır; kabul edilmesinden 3 yıl kadar önce 24 Ocak 1980'de uygulamaya konulan ekonomik programın gereksinim duyduğu hukuksal güvenceleri sağlayan bir belgedir. Buna ilişkin olarak Anayasanın genel gerekçesinde ve özellikle madde gerekçelerinde birçok dayanaklar bulmak olanaklıdır. Örneğin 65. Maddede, ekonomik istikrarın korunmasını da gözetmenin öngörülmesi olmasının altında 24 Ocak Programı yatmaktadır.
2. 1982 Anayasası, TİSK Anayasasıdır, Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu Anayasasıdır. 1982 Anayasası, işveren isteklerine anayasal dayanak ve güvence sağlayan bir belgedir. Bunu görmek için, 1982 Anayasasının oluşum süreci içinde ve sırasında TİSK'in 4. Genel Kurulu için hazırladığı Çalışma Raporuna bakmak ve o Çalışma Raporunda Anayasada ve yasalarda yapılmasını istediği değişiklik önerilerini gözden geçirmek ve bu önerilerden Aldıkaçtı'nın Başkanlığını yaptığı Anayasa tasarısına girenleri ve ondan sonra da ayıklandıktan sonra bu yürürlükteki Anayasamızda kalanları karşılaştırmak yeterlidir.
3. 1982 Anayasası, 12 Eylül Anayasasıdır. Bunu ben söylemiyorum, bunu Anayasayı karalamak ya da suçlamak için söyleyenlerin ilk kez söylediğini de söylemiyorum; bunu ilk kez Danışma Meclisinin 18 Eylül 1982 tarihli 153. Birleşiminde Komisyon Başkanı Orhan Aldıkaçtı söylemiştir. Aynen şöyle söylemiştir: "Anayasamızın her tarafından 12 Eylül, edebiyatçı bir deyişle, buram buram kokar efendim. Bütün hedefleri 12 Eylülün hedefleridir ve hepimizin hedefleridir. Zaten bu konuda aramızda bir ayrılık yoktur." Anayasa Komisyonu sözcüsünün de sosyal haklar konusunu Danışma Meclisinde savunurken, bunu destekleyen ve çok daha çarpıcı olan sözleri vardır. Bunların hepsi tutanaklarda yazılıdır.

4. Bunların doğal ve kaçınılmaz sonucu olarak 1982 Anayasası, anti-sosyal ve antisendikal bir anayasadır. Sosyal devletin ekonomik ve sosyal yönden güçsüz ve başkasına bağımlı olanları öncelikle koruma amacını vurgulama kaygısı taşımayan bir anayasadır. Yine Komisyon Başkanı Orhan Aldıkaçtı'dan bir alıntı yapmama izin verirsiniz; "Biz, adalet dediğimiz zaman, sosyal adaleti düşünmedik. Adalet dediğimiz zaman, 'adalet mülkün temelidir' kavramı içinde mütalaa ettik." Ondan sonra da bir başka vesileyle; "Atatürk, bir ke-re dahi sosyal adalet anlayışından bahsetmemiştir. Kanaatimize göre, sosyal adalet kavramını Atatürk kullanmamıştır." Atatürk'ten herhalde böyle bir beklenti içinde olmak kadar büyük bir haksızlık olamaz.
5. Oysa 1961 Anayasası, yine gerekçelerden alıntı yaparak; "Batı demokrasisi, hürriyetçi yollarla daha fazla hürriyet elde etme rejimidir. Çağımızın karmaşık sosyal ve iktisadi dünyası içinde daha fazla hürriyet ise, iktisadi ve sosyal bakımdan zayıf olan kişileri ve grupları korumakla kabildir. Sosyal devlet, fertlere yalnız klasik hürriyetleri sağlamakla yetinmeyip, aynı zamanda onların insan gibi yaşamaları için zaruri olan maddi ihtiyaçlarını karşılamalarını da kendisine vazife edinen bir devlettir. Zamanımızın devleti, refah devleti, iktisaden zayıf olan kişileri, bilhassa işleri bakımından başkalarına tabi olan işçi ve müstahdemleri, her türlü dar gelirli ve yoksul kimseleri himaye edecektir." Gerekçenin değişik bölümlerinde, bunun insan şahsiyetine hürmetin kaçınılmaz sonucu olduğunu da vurgulamıştır ve özellikle 1961 Anayasası, insan haklarının bölünmezliği, bütünselliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesini, adını söylemeksizin çok çarpıcı ifadelerle çok açık biçimde dile getirmiştir.

Sonuç olarak, sosyal haklara saldırıların yoğunlaştığını, gelir dağılımının uluslararası düzeyde, ülkeler arasında ve ulusal düzeyde alabildiğine bozulduğunu; küreselleşen sermayenin de zaman zaman kaygı duyduğu, giderek büyüyüp derinleşen adaletsizlik ve eşitsizlikleri göz önüne alarak, sosyal devleti ayağa kaldırmak gerektiğini belirtmek istiyorum ve bunun için de işe insan hakları ve demokrasi eğitimiyle başlamanın çok büyük önem taşıdığını sanıyorum.

Yeni anayasa, öncelikle insana, çalışana, onların örgütlerine güvenen; insanın soyut ve tek boyutlu bir varlık olmadığını, her yönden korunup geliştirilmesi gerektiğini benimseyen; insan haklarının bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkesine yer veren; içerik ve sınırlamalar konusunda evrensel değer ve ilkeleri, ölçütleri göz önüne alan; 1982 Anayasası gibi öfkeli, tepkici, ayrıntıcı ve yasakçı yaklaşımı benimsemeyen bir anayasa olmalıdır.

Çok teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Mesut Gülmez'e biz de teşekkür ediyoruz.

Sabahki Oturumun birinci kısmındaki konuşmalar tamamlandı. Her iki konuşmacıya da sorularınız varsa, yazılı olarak rica ediyoruz; daha sonra ikinci kısma geçeceğiz.

Her iki konuşmacıya da sorusu olan varsa, yazılı olarak Başkanlığa rica ediyoruz.

Sayın Soysal'ın bir katkısı olacak; buyurun efendim.

### **Prof. Dr. Mümtaz Soysal**

---

Bizim anayasa sistemimizde geçmişte 55. Madde, şimdi de 63. Madde, "devletin ekonomik, sosyal vesaire ödevlerini yerine getirmesi mali olanaklarına bağlıdır" anlamına gelen, "ancak o ölçüde yerine getirir" diyen bir kuralımız var. Sayın Kaboğlu söyledi; Batı anayasalarında, klasik anayasalarda böyle bir şey yok ve bizim Anayasamızda, 61 Anayasasında, bizim bir üçüncü dünya ülkesi olduğumuzu ve onu unutmamamız gerektiğini belirten bir nokta olarak Hindistan Anayasasından aldığımız bir ilkedir. Çünkü Batıda örnekleri yok; ama Hindistan hem ekonomik, sosyal

hakları getiren, ama yoksul bir ülke. Orada bu kural, Türkiye'de genellikle yorumlandığı gibi, hatta genellikle değil, hep yorumlandığı gibi bir kaçamak maddesi değil. Hep duyuyoruz onu; işte "bunu yerine getiremiyorum, çünkü mali olanaklarım yok." Hayır, belki şöyle yorumlamak gerekir: Devlet, bu görevleri yerine getirmek için mali olanaklarını arttırmak zorundadır, akademik çevrede de bunu böyle tartışmamız gerekir, yeni Anayasa yapılırken de bunu böyle ortaya koymamız gerekir; bu formülü, bu anlamını ifade edecek tarzda ortaya koymamız gerekir. Bunun sonuçları önemlidir; yani devlet, bu mali olanaklarını ekonomik ve sosyal görevlerini yerine getirmek için de arttırmak zorundadır; savunma vesaire değil... O zaman bu konuda vergiler koymak... Örneğin bugün Türkiye'de pahalı eğitim, paralı eğitime doğru gidiyoruz; çünkü geçmiş Cumhurbaşkanı da hep önu söylüyordu, "Olanaklarımız az, özel eğitime gitmek zorundayız" diyordu. Eğitim vergisini koyun; Türkiye'de eğitime ailelerin çocukları iyi okusun diye sıkıntıya girerek muazzam paralar ayırdığı ortada. Demek ki kamunun cebinden bu kadar para çıkabiliyor.

Eğitim bakımından da belli mali ilkeleri, klasik mali ilkeleri zorlayan bir şey söylüyorum; tahsis, yani "gelir kaynakları falan konuya tahsis edilemez" diye bizim klasik maliyecilerin söyledikleri bir şey. Devletin, "Hayır, eğitim vergisi koyuyorum, bütün vatandaşlardan ve tabii nisbi olarak da arttırarak öbür vergiler gibi, eğitim vergisi alacağım; çünkü eğitim, bir temel ve parasız karşılanması gereken, yalnız ilköğretim düzeyinde değil, üniversiteye kadar parasız karşılanması gereken bir şeydir. Koyuyorum vergisini ve bundan sonra da en kaliteli eğitimi ben kamu parasıyla karşılayabileceğim" diyebilmesi gerekir. Bu, vergi politikasına ilişkin; ama bir başka yönü var: Devlet bugün kendi gelir kaynağı olabilecek olan ve iyi yönetilse çok daha fazla gelir getirebilecek olan Telekom gibi, Türk Havayolları gibi gelir kaynaklarını dışın zorlamasıyla elinden çıkarıyor. "Hayır, bunları sen bu ekonomik ve sosyal görevlerini yerine getirmek için de elinde tutmak zorundasın" diyen ekonomik politikaya ilişkin yönleri de var. Onun için önümüzdeki anayasa çalışmalarında konuya bir de bu açıdan bakmak gerektiğini hem hukukçular, hem de akademisyenler için bir ödev olarak gördüğümü belirtmek istedim.

Teşekkür ederim.

Sayın Soysal'a biz de teşekkür ederiz. Gerçekten Türkiye'nin şu an içinde bulunduğu konumda en önemli, en hassas konularından birisi, Türkiye'nin anayasal düzeni ve dengeleri açısından, -kendileri, zaten bu konunun mücadelesi içerisinde- anayasal boyutta da içine girdiğimiz yeni süreçte bu konunun ele alınmasında yarar olduğuna biz de katılıyoruz.

Efendim, bazı sorular geldi. İlk soruyu yanıtlamak üzere Sayın Kaboğlu; buyurun efendim.

### **Prof. Dr. İbrahim Özden Kaboğlu**

---

Çok kısa olarak, devletin özel üniversitelere katkısı yerine, devlet üniversitelerine daha çok katkıda bulunmak zorunluluğuna dikkat çekiliyor. Tabii devlet üniversitelerine katkı sağlamak zorunda, özel üniversiteler zaten paralı. Ancak, Mümtaz hocanın söylediği gibi, devlet belki katkı sağladığı, ama o kadar gerekli olmayan, diyelim ki milli savunma bütçesi yüzde 14'lerde, ama eğitim ve adalet bütçesinin toplamı yüzde 3'ü geçmemektedir. Yani devlet, yine 65. Madde çerçevesinde bu dengeyi sağlamalı. Dolayısıyla özel üniversiteyle kamu üniversitesi dengesinde de tabii ki kamu üniversitelerine devlet yardım etmeli.

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Teşekkür ederim.

Efendim, Balıkesir Barosundan Sayın Av. Turgut İnal; buyurun efendim.

---

## Av. Turgut İnal

Bahkesir Barosu

Anayasanın 3 veya 4. Maddesinde bir hüküm var; mesela "Şuna şuna şuna uygun, insan haklarına saygılı bir anayasadır" diye bitiriyor. Ben, onu içime sindiremem, haşiv bulurum; insan haklarına saygılı olunmaz, insan haklarını temel sayan, insan haklarının üzerine oturan, insanı eksen kılan, insan haklarından doğan bir anayasa olmalıdır derim ve düzenlemede bunun dikkate alınmasını öneririm.

İkincisi, Anayasamızın en son maddesinde, en kısa cümleli bir hüküm vardır; o da esnaf ve sanatkârlar için: "Devlet, esnaf ve sanatkârlar için koruyucu tedbir alır" der. En sondadır ve en kısadır. 5-6 milyon esnaf için böylesine fantezi bir maddeyi içime sindiremem.

## Oturum Başkanı

Yani çökme noktasına gelen Türk esnaf ve sanatkârı açısından böyle bir düzenlemenin yeterli olmadığını ifade ediyorsunuz. Sayın İnal'ın katkısına teşekkür ederiz.

Buyurun.

## Av. İsmet Güneş

Van Barosu

Efendim, bu ekonomik ve sosyal haklar bakımından, Anayasada öngörülen kısıtlama bakımından Sayın Kaboğlu'nun görüşüne içtenlikle katıldığımı ve Sayın Soysal'ın görüşlerine de katılmadığımı şu gerekçelerle belirtmek isterim: Kanımca, Sayın Kaboğlu'nun da çok yerinde olarak belirt-

tiği ve öteden beri de değindiği gibi, bu kısıtlama, çağdaşlaşmaya yönelen, Avrupa Birliğine girmeye aday bir ülkenin öngöreceği bir kısıtlama değil. Bu, bizim kanımıza göre, halk karşısında sorumluluklarını öteden beri üretken bir toplum, üretken bir ekonomi yaratma gayretiyle kendini sorumlu ve ödevli hissetmeyen bir yönetim anlayışının Anayasaya yansımasıdır. Giderek bu anlayış, geri kalmışlığın da bir göstergesidir. Böyle bir ölçüt, aynı zamanda soyuttur. Kamu otoritesi bu ölçütü ileri sürerek, sosyal ve ekonomik haklar alanındaki görevlerini hiç mi hiç yerine getirmeyebilir de, ki mevcut uygulama da bunu teyit etmektedir. Arz ederim.

Teşekkür ederim.

### Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederiz.

Efendim, başka yazılı soru Divana ulaşmadı. Sayın konuşmacılara teşekkür ederek, Sabah Oturumunun birinci kısmını burada kapatıyoruz, bir 5 dakika sonra -5 dakikalık bir masa değişimi olacak- yeni konuşmacılarla İkinci Oturuma geçeceğiz efendim.

(Ara verildi)

## BİLDİRİ II

### "YENİ GELİŞMELER ve ÜÇÜNCÜ KUŞAK HAKLAR"



#### Oturum Başkanı:

**Prof. Dr. Anıl Çeçen** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Sunuş

**Prof. Dr. Silvio Marcus - Helmons**

(Louvain Katolik Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Müdürü - Belçika)

**Prof. Dr. Jean Rossetto**

(François Rabelais Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - Tours - Fransa)

#### Tartışmacılar

**Doç. Dr. Oktay Uygun** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Yrd. Doç. Dr. Sultan Uzeltürk** (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)



## Oturum Başkanı

---

İkinci Oturumu açıyorum.

İkinci kısımda, iki yabancı konuğumuz var; Louvain Katolik Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Müdürü Prof. Silvio Marcus-Helmons, kendisi Belçika'dan geliyor. İlk konuşmacı, Sayın Marcus-Helmons olacak. İkinci konuşmacı, François Rebelais Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Prof. Dr. Jean Rossetto, Fransa'dan geliyor. İki de Türk tartışmacımız var; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Doç. Dr. Oktay Uygun ve yine İstanbul'dan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden Yard. Doç. Dr. Sultan Üzeltürk.

Konuşmacıları ve tartışmacıları masaya davet ediyorum.

Evet, birinci konuşmacı olarak Prof. Dr. Silvio Marcus-Helmons...

## Prof. Dr. Silvio Marcus-Helmons

---

Louvain Katolik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### İNSAN HAKLARI ALANINDA YENİ GELİŞMELER

#### • *Gelişim*

İnsan hakları, yavaş gelişen ve yüzyıllara yayılan bir süreç içerisinde ortaya çıkmıştır (1). Kavramın kendisi ise, doğal olarak Fransız Devrimi'ne ve ünlü 1789 İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirgesi'ne kadar uzanmaktadır.

Böylece ortaya çıkan ve benimsenen tüm bu haklar, daha sonra "birinci kuşak haklar" biçiminde adlandırılacak olan medeni ve siyasi haklar kategorisine dahildir.

---

(1) Bu konuya ilişkin ilk izleri bulmak için Hammurabi Kanunu'na kadar inilebilir. Bkz. S. Marcus-Helmons, "L'émergence des droits de l'homme dans la culture occidentale", dans *Cahier de droit et d'éthique de la santé*, Lyon juillet/août 1990, vol. 1, no 2.

XIX. yüzyılın sonunda endüstri çağının başlamasıyla, insanın yalnızca medeni ve siyasi haklara sahip olduğu sürece tam anlamıyla gelişmesinin mümkün olmadığı açıkça anlaşılmıştır: yaşama hakkı, yargılamaya ilişkin haklar, ifade ve din özgürlüğü v.b. tüm bu haklar, birey yaşamını sefalet içinde sürdürdüğü ve kendisine belirli bir refah düzeyi sağlanmadığı takdirde eksik kalır. Böylelikle, ekonomik ve sosyal haklar, diğer adıyla “ikinci kuşak haklar” ortaya çıkmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı’nda yaşanan tüyler ürpertici vahşet, sonuç olarak tüm dünyanın ilgisini temel haklara uyulmasının önemi üzerinde toplamıştır. Bunun neticesi, 10 Aralık 1948’de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’dir. Olası ihlallere karşı herhangi bir koruma mekanizması öngörmeyen bu bildirgenin yalnızca simgesel bir anlamı olduğu doğru ise de; anılan metin bununla kalmamakta, iki yönden önem taşımaktadır: Bir yandan insan haklarına uyulması gereğini uluslararası düzeye yükselten Bildirge, diğer yandan insan haklarının iki kuşağını birarada düzenlemektedir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, aynı nitelikteki çok sayıda andlaşmaya vücut vermiş (2) ve temel haklar açısından bugün de belirgin olan gerçek bir hayranlık yaratmıştır.

Bununla birlikte, temel haklara derinlik kazandırılması ve etkili bir denetimin yerleştirilmesi sorunu, medeni ve siyasi haklarla sınırlı olarak gündeme gelmiştir. Şöyle ki, Avrupa Konseyi (Strazburg) bünyesinde hazırlanan 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, yalnızca birinci kuşak hakları güvence altına almaktadır. Ekonomik ve sosyal hakları öngören bir metnin düzenlenmesi için, 1961 yılında Turin Sosyal Şartı’nın aynı uluslararası örgüt tarafından kabulünü beklemek gerekmiştir.

Strazburg’da medeni ve siyasi haklara çok etkili bir koruma sağlanmaktadır; ancak aynı şey Sosyal Şart için söylenemez. Her ne kadar anılan Şart

---

(2) Özellikle bkz. Birleşmiş Milletler Örgütü düzeyinde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme ile Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme; bölgesel düzeyde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Afrika Halk ve İnsan Hakları Şartı v.b.

sonradan gözden geçirilmiş ve tamamlanmış ise de (3), Avrupa Sözleşmesi kadar etkili değildir.

Sözleşme'yi bu denli güçlü kılan hükümler nelerdir? Öncelikle, Sözleşme, onaylayan devletlerin iç hukuklarının bir parçasını oluşturmaktadır. Bunun anlamı, tüm ulusal yargı yerleri tarafından doğrudan uygulanabilir olması ve mağdurların ulusal yargıç önünde de Sözleşme hükümlerini ileri sürebilmesidir. Bundan başka, ulusal yargı yerleri önünde olumlu sonuç alınamaması durumunda, kararları kesin ve uyulması zorunlu olan bir uluslararası Mahkeme önünde son bir başvuru olanağı öngörülmektedir (4). Son olarak çoğu Devletin, bu uluslararası Mahkeme tarafından, mevzuatı dolayısıyla çok sık mahkum edilmekten hoşlanmadığı belirtilmelidir; dolayısıyla, bir yasanın Sözleşme hükümlerinden birini ihlal ettiğine karar verildiğinde, ilgili Devletler, benzer mahkumiyetlerin yinelenmesini önlemek için mevzuatlarını değiştirmeyi yeğlemektedirler.

Ekonomik ve sosyal haklar bakımından ise, bunların hiçbirisi sözkonusu değildir. Kuşkusuz, burada da bir denetim usulü bulunmaktadır ve gerektiğinde, olumsuz karar alınabilmektedir ancak, ikinci kuşak haklar için, Devletlerin egemenliğinin baskın etken olduğu klasik uluslararası hukuka daha uygun bir durum sözkonusudur.

İnsan haklarının bu iki kuşağı karşısındaki yaklaşım farkı nasıl açıklanabilir?

Aslında bu, birkaç şekilde açıklanabilir. Bunlardan ilki, kavramın olgunlaşmasına ilişkindir. Medeni ve siyasi hakların benimsenmesi için birkaç yüzyıl geçmesi gerektiği düşünüldüğünde, ekonomik ve sosyal hakların tanımlanması için geçen yüz yıllık süre oldukça kısa görünmektedir. Ancak bunun daha önemli bir açıklaması da var: Birinci kuşak haklar, devletlere özellikle karışmama yükümlülüğü getirirken (5), "isteme hakları" ola-

(3) Gözden geçirilmiş Sosyal Şart, Strazburg 3 Mayıs 1996.

(4) Avrupa Sözleşmesi'nin 46. maddesi.

(5) İfade, din, toplanma özgürlüğüne müdahalede bulunmama ödevi gibi. Bununla birlikte, Strazburg'daki Avrupa Mahkemesi, bu iki hak kategorisini birbirinden ayıran gerçek bir duvar olmadığına hükmetmiştir (9 Ekim 1979 tarihli Airey kararı).

rak da anılan ekonomik ve sosyal haklar devlete, zaman zaman ağır mali sonuçları tazammun eden bir müdahale ödevi yüklemektedir.

İkinci kuşak haklar, devletleri daha az zorlayan bir biçimde korunuyor olsalar da, insan onuruna saygının sağlanması açısından varlığı zorunlu olan temel hakların bir parçasını oluşturmaktadırlar.

Ayrıca, giderek artan sayıda uluslararası belgede, ekonomik ve sosyal haklara yer verilmektedir: Yukarıda anılan Turin Şartı'ndan sonra, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa Topluluğu Çalışanları Şartı, 1996 tarihli gözden geçirilmiş Sosyal Şart ve bugün için de Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi düzenlenmiştir.

Devletler, yavaş yavaş ekonomik ve sosyal hakların hayata geçirilmesi için gereken bütçeleri sağlamak ve bu alanda uluslararası denetimi kabul etmek zorunda kalacaklardır.

### Yeni Gelişmeler

#### *A. Yeni Haklar*

İnsan haklarının yalnızca temel haklarla sınırlı kalması gerektiği doğru olmakla birlikte, zamanın ve yaşam biçimlerinin değişmesiyle, insanlık onurunu tehdit edecek farklı tehlikelerin başgösterebileceği ve dolayısıyla yeni temel hakların ortaya çıkabileceği de aynı ölçüde doğrudur.

İnsan hakları alanındaki bir enflasyon, bunların kutsallığını yitirmesi tehlikesi doğurur: Gerçekten, eğer her şey çok önemliyse, artık hiçbir şeyin önemli olmadığı da söylenebilir! Bununla birlikte, bütün uluslararası sözleşmelerin benimsenen haklar listesinin uzamasına katkıda bulunduğu düşünülmemelidir. Pek çok andlaşma, daha önceki sözleşmelerde öngörülmüş bulunan bazı hakların ayrıntılı açıklamasından ibarettir (6). Buna

---

(6) Bunlara örnek olarak, Apartheid'in (Güney Afrika'da sistematik olarak uygulanan ırk ayrımcılığı, ç.n.) Önlenmesi ve Cezalandırılması Hakkında Uluslararası Sözleşme (1973), Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (1979), İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı ya da Aşağılayıcı Ceza ve Muamelelere Karşı Sözleşme (1984), Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşme (1989) v.b. gösterilebilir.

rağmen koşulların değişmesi, zaman zaman, kişinin belirli suiistimal biçimlerine karşı korunabilmesi için yeni hakların kabulünü zorunlu kılmaktadır.

Böylelikle, kimilerince “dayanışma hakları” olarak adlandırılan (7) üçüncü kuşak haklar ortaya çıkmıştır: Barış hakkı, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı (çevre hakkı), gelişme hakkı. Ulusları kana bulayan sürekli savaşlara son verilmedikçe halkların gelişmesi beklenebilir mi? Çevreye ilişkin ağır sorunları çözmeyi başaramadığı takdirde, insanlık XXII. yüzyıla ulaşabilecek midir? (8) Nihayet, insanlığın dörtte birinin dünyadaki zenginliklerin dörtte üçünü tekeline alması kabul edilebilir mi? Gelişme hakkına ilişkin sorun buradan doğmaktadır (9).

Üçüncü kuşağın dile getirilmesiyle birlikte, “Eskilerle Yenilerin Kavgası” başlamaktadır. Daha önce zikredilen enflasyon argümanı dışında, pozitivistler, burada gerçek anlamda insan haklarından söz edilemeyeceğini savunmaktadırlar. Aslında bu hukukçular, insan haklarının tümünün sübjektif hak niteliğinde olduğu ön kabulünden hareket etmektedirler. Bu muhafazakarlara göre, sübjektif hakkın ölçütleri de, geçtiğimiz iki yüzyılda belirlenmiştir. Bir sübjektif hakkın varlığından söz edilebilmesi için, dört koşul gerekmektedir:

- Hakkın açıkça tanımlanmış olması gerekir;
- Bu haktan yararlanacak olanların bilinebilir olması gerekir;
- Bu hakka riayeti sağlayacak olan organ açıkça belirtilmiş olmalıdır;
- Bu hakkın konusuna ilişkin bir ihtilaf vukuunda dava açılabilecek olan yargı yeri belirlenmiş olmalıdır.

(7) K. Vasak, “Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre internationale des droits économiques et sociaux” dans *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux?*, Bruylant-Bruxelles et Vander-Louvain, 1973, p. 12.

(8) 2000 yılının Kasım ayı ortasında, La Haye Konferansı sırasındaki zorlu tartışmaları anımsamak yeterlidir.

(9) Bu hakkı, gelişmekte olan ülkelere yardım edilmesine yönelik kurum ve önlemlerin bütününe ifade eden gelişme hukuku ile karıştırmamak gerekir.

Örnek olarak "gelişme hakkı"nı alacak olursak, bu hak açısından, bu dört ölçütten bazıları mevcut olmakla birlikte tamamının gerçekleşmediğini görürüz (10). Ancak, böyle bir argüman, gelişme hakkının insan haklarından biri olduğu fikrini reddetmeye imkan verir mi? İnsanlığın dörtte üçü bu temel hakkı kıyasıya talep ederken, gerçek bir subjektif hakkın ölçütlerine uymadığı bahanesiyle bunun dışarıda bırakılması düşünülemez (11). Bize göre bu koşullarda, muhtemelen subjektif hakkın ölçütleri listesinin gözden geçirilmesi gerekecektir.

Yaşadığımız yakın tarihli uluslararası olaylar, Birleşmiş Milletler Örgütü'nü kuran San Fransisco Şartı'nın, savaşı ortadan kaldırmak konusunda oldukça sınırlı bir başarı kaydettiğini göstermiştir. Kuşkusuz artık bir dünya savaşı söz konusu değildir, ancak bölgesel savaşlar ve iç karışıklıklar yarım yüzyıldan beri devam etmektedir. Bu durumda, barış hakkının herkes için bir temel hak olduğu ortadadır.

Nihayet, insanlığın gelecek yüzyıllara ulaşabilmesi bakımından, sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı hayati önem kazanmaktadır. Ozon tabakasının incilmesi, güneşin zararlı ışınlarına karşı etkili bir koruma sağlanamaması tehlikesini doğurmakta; hava kirliliği artmaktadır. Aynı kirlenme, denizler ve akarsular için de geçerlidir. Bazı besinler, insan sağlığı için tehlike arz eder duruma gelmiştir. Sanayileşmiş dünya üretimiyle çevreyi kirletirken, gelişmekte olan ülkeler bu bozulmaya -en azından- doğayı ihmal ederek katkıda bulunmaktadır. Ne yazık ki, 2000 yılı Kasım ayında düzenlenen La Haye Konferansı, bazı devletlerin bugün verdikleri tavizlerin boyutlarını göstermiştir.

O halde, bu üç hak kategorisi nasıl korunmalıdır? Bunların tanımlanması yeterince kolaydır. Bu haklardan tüm insanlık yararlanmaktadır; hakkın borçlusu da tüm insanlıktır. Bu nedenle bunlara -doğru olarak- "daya-

---

(10) K. M'Baye, "Le droit au développement est-il un droit de l'homme?" dans *Droits de l'homme et droit au développement*, Academia-Louvain la Neuve et Bruylant-Bruxelles, 1989, pp. 31-71.

(11) S. Marcus-Helmens, "La contribution de la consécration internationale des Droits de l'Homme au développement du droit" dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Gazette du Palais et Litec-Paris, 1992, pp. 227-237.

nişma hakları" denmektedir. Bu yeni sübjektif hakların unsurlarını tamamlamak bakımından, zorlayıcı bir uluslararası yasamanın, bir gözetim merkinin (zira jandarmasız hukuk olmaz) ve uyumsuzluk durumları için yargı organı ya da organlarının varlığı zorunludur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu anlamda dikkate değer bir çaba göstererek, önüne gelen bir davada sağlıklı bir çevrede yaşama hakkını sağlamak için, özel ve ailevi yaşamı öngören 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmaktan çekinmemiştir (12).

Üçüncü kuşak hakları hatırlattık, ancak aynı şekilde, insan onurunun bizim ve yeni teknolojilerin muhtemel suiistimallerine karşı korunmasını öngören dördüncü kuşak hakların da vurgulanmasının zamanı gelmemiştir midir? (13)

Bilim tüm alanlarda gelişmekte ve genel olarak insanlığın refahına katkıda bulunmaktadır. Ancak her türlü gelişmenin zorunlu olarak ilerlemenin eşanlamlısı olduğuna inanmak yanlış olur. Bazı gelişmeler, insan haklarının kazanımlarını tehdit edebilir; daha kötüsü, insan onurunu hiçe sayabilir.

Bilgisayar örneğini alalım: Bu, geçtiğimiz on yıllarda gündelik hayatımızda ortaya çıkan en önemli iyileşmelerden biridir. Ancak bundan önce, bilgisayar, yaşamımızın saldırılara açık hâle gelmesine de neden olmaktadır. Gerçekten, bu aygıtın arızalanması durumunda, bankadan para çekmek veya uçakta yer ayırtmak olanaksız hâle gelir, hekimin hastasının dosyasını görebilmesi mümkün olmaz. Daha da kötüsü, bilgisayarın depoladığı çok büyük miktarda bilgi ve hafızasında yer alan her şeyi bilmenin güçlülüğü karşısında, özel hayata yönelik esash saldırıların başgöstermesi risklidir.

Bir başka örnek olarak, biomedikal alanda araştırmacıların olağanüstü gücü gösterilebilir. Burada da, insan sağlığı açısından yadsınamaz bir ilerleme sözkonusudur; ancak sapmalar da mümkündür. Bazı araştırmacılar

(12) Lopez Ostra/İspanya davası, 9 Aralık 1994 tarihli karar.

(13) S. Marcus-Helmons, "La quatrième génération des droits de l'homme" dans *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp. 549-559.

bilim özgürlüğü adına sınırları zorlamamayı reddetmektedir. Bunlar, “bilgi sarhoşluğu”nun etkisi altındadır. Tek bir örnek, bu sözlerin doğruluğunu göstermeye yetecektir.

Dolly adlı koyun klonlandığında yapılan gösterişli açıklamalar ve alınan kararlarla, bir yandan bu teknolojinin kullanılmasından duyulan mutluluk dile getirilirken, diğer yandan insanın klonlanmasının sonsuza dek ve şiddetle yasaklanması gereği de ifade edilmiştir. İki ya da üç yıl sonra, önce-leri yalnızca tedavi amaçlı klonlamanın yararlı etkileri bulunduğunu kabul eden bir ayırımı dayanılarak, yakın zamanlarda ise üreme amaçlı klonlamanın da yarar sağlayabileceği itiraf edilerek bu yasak bir kenara bırakılmıştır. Ayrıca, 2000 yılı Kasım ayında Avrupa Patent Ofisi, insan hücrelerinin hayvan embriyosuna verilmesini ve böylece ilk “*düşsel hayvanlar*”ın yaratılmasını içeren bir deneye hukuksal koruma sağlanması talebini kabul etmiştir.

Kuşkusuz yeni bir Galile davasına yol açmak istemiyoruz; ancak büyücü çıraklığına oynamak bize tehlikeli görünüyor. Yarın iki başlı bir insan yaratılacak olursa, insanlık daha mı mutlu olacaktır? Bu alanda ilerlemenin hangi noktaya kadar kabul edilebilir olduğunu bilmek ivedi duruma gelmektedir. İnsan onuruna saygının korunması için tespit edilmesi gereken belirli sınırlar vardır. Ayrıca, bilimin bizatihi bir amaç olmadığı hiçbir zaman unutulmamalıdır: Bilim, her zaman toplumun hizmetinde olmak gerekir.

Avrupa Konseyi bunun bilincinde olduğu içindir ki, 1997 yılında Oviedo’da insan haklarına saygı ve biomedikal alana ilişkin bir sözleşmeyi kabul etmiştir. Gerçekten dördüncü kuşak haklara uyulması, yani bilimin muhtemel suiistimallerine karşı insan onurunun korunması üzerinde düşünmenin zamanı gelmiştir.

#### *B. Müdahale hakkı (14)*

Ulaşım araçları ve iletişim bilimlerindeki olağanüstü gelişmeler nedeniyle evren küçülmektedir. Dünya büyük bir köy hâline gelmiştir; genel yarar

(14) S. Marcus-Helmons, “Le droit d’intervention, un corollaire des droits de l’homme?” dans *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 1992, pp. 471-481.



kavramı bir gerçekliği dile getirmektedir. Temel insan haklarına uyulması gerekliliği, uluslar topluluğu içerisindeki gerilim ve sorunları önlemek bakımından, uluslararası kamu düzeninin evrensel bir kuralı durumundadır. Bu da küreselleşme olgusunun diğer bir sonucudur.

Buradan hareketle, devletlerin egemenliğine hatırı sayılır sınırlamalar getirilmektedir. Bir mahallede, bir evin kamu düzenini ağır ve sürekli olarak bozması durumunda, o evin maliki düzeni sağlamakla görevli olan kol-kuk gücünün müdahalesini önlemek için özel hayata saygı ilkesinin ardına sığınamayacaktır. Uluslararası ilişkilerde de aynı şey geçerlidir.

Dünya büyük bir köy hâline geldiği andan itibaren tüm devletler, evrensel kabul görmüş insan haklarına uymak zorundadır. Bu kural ciddi biçimde ihlal edildiğinde egemenlik, uluslararası topluluğun müdahalesini önlemek için bir gerekçe olamaz. Bu müdahale, hukuksal, diplomatik ya da ekonomik bir görünüm alabilir. Hatta çok ciddi durumlarda, bir askeri müdahale biçiminde de ortaya çıkabilir.

Bu müdahale hakkı çeşitli düzeylerde meşrulaştırılmıştır. Müdahale hakkına ilişkin ilkeyi ilk doğrulayan öğreti olmuştur (15). En yüksek uluslararası yargı organı da, rastlantısal yeniliklere taraftar olmayan hukuksal iddiyet kaygısına rağmen, bunu kabul etmiştir (16). Siyaset adamları da bunu onaylamış, hatta müteveffa Cumhurbaşkanı Mitterand, insan haklarının ağır biçimde ihlali durumunda uluslararası topluluğun müdahale etmemesinin, demokratik ülkelerin çoğunluğunda suç sayılan, "tehlikede olan bir kimseye yardım etmeme" anlamına gelebileceğini vurgulamıştır (17).

Nihayet, uluslararası uygulamada bu gelişimi teyit etmiştir. Özellikle, Umuda Dönüş Operasyonu'nu ya da Turkvaz Operasyonu'nu hatırlayalım.

Salt siyasi bir müdahalenin yapıldığı itirazını önleyebilmek için, çeşitli ölçütlere uyulması gerektiği muhakkaktır. Bize göre bunlar dört tanedir:

Müdahaleye, genel yararı temsil eden bir uluslararası örgüt (tercihan Birleşmiş Milletler) tarafından izin verilmiş olması;

(15) M. Bettati, "Un droit d'ingérence?" dans R.G.D.I.P. t. 95, 1991/3, pp. 639-668.

(16) *Nikaragua'daki asheri ve paramiliter etkinlikler davası*, 27 Haziran 1986 tarihli karar, C.I.J. Recueil 1986, par. 220.

(17) Paris'te C.S.C.E.'nin bir oturumunu açış konuşması, 30 Mayıs 1989.

- Müdahalenin zaman yönünden sınırlı olması;
- Müdahalenin ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması;
- Müdahale ile çözülmek istenen sorunun kesin bir biçimde sonuca bağlanması

gerekir.

Günümüzde, müdahale hakkı eskisi kadar itibar görmemektedir. Bize göre bunun açıklaması, ilkenin reddedilmesinde değil –aksine ilkenin haklılığı hâlâ bütünüyle geçerlidir-, ancak girişilen bazı denemelerin somut başarısızlığında yatmaktadır. Bu başarısızlık, esas olarak operasyonların çözmesi beklenen sorunları kesin biçimde sonuca bağlamadaki yetersizliği ile açıklanabilir. Dolayısıyla sözkonusu olan, sorunun bu özel boyutuna yeterli bir çözüm bulunmasıdır. Ancak biz, bu geçici ilgisizliğin ilkenin meşruiyetine hiçbir biçimde hâle getirmediğini düşünüyoruz.

İşte birkaç paragrafta, yüzyılın hatta binyılın dönemecinde, insan hakları alanındaki başlıca yeni gelişmeler!

Sonuç yerine, farklı uzantıları içerisinde temel insan haklarına uyulmasının önemini hatırlatmamıza izin verin. Bize göre, XXI. yüzyılın iki büyük sorunu insan hakları ve çevredir. Şayet insanlık bunları çözmeyi başaramazsa, XXII. yüzyıl olmayabilir!

Çeviren : Ar. Gör. Burak ÖZTÜRK  
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## Oturum Başkanı

---

Mösyö Helmons'a teşekkür ediyoruz.

İkinci konuşmacı olarak, yine Fransa'dan konuğumuz, Prof. Jean Rossetto. Kendisi, Tours Kenti'nin Hukuk Fakültesi Dekanı. Daha çok Avrupa Komisyonu tarafından desteklenen Simithis Komitesinin eski bir üyesi olarak Avrupa hukuku üzerinde çalışıyor. Anayasa hukukunda, hükümet

üyelerinin ceza sorumluluğu üzerinde çalışmaları var. Ayrıca Avrupa hukukunda serbest dolaşım ve temel haklar şartına ilişkin çalışmaları da sürdürüyor.

Söz sırası Prof. Rossetto'da; buyurun.

## **Prof. Dr. Jean Rosetto**

Louvain Katolik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **AVRUPA BİRLİĞİ TEMEL HAKLAR ŞARTI'NIN HAZIRLANMASI ÖNSÖZ**

Bu bildiri 2000 yılının Aralık ayında Nice'te gerçekleşen Avrupa Zirvesinden hemen önceki haftalarda yazıldı. Konusu, 1999 Haziran'ında Köln'de gerçekleşen Avrupa Zirvesinin (1) girişimi ile Avrupa Birliği çerçevesinde hazırlanan Temel Haklar Şartı'nın hangi koşullarda gerçekleşmiş olduğudur.

Nice zirvesinin sonuçları bugün bilinmektedir. Kolaylıkla öngörülebilir olduğu gibi, 2000 yılının Ekim ayında Biarritz'de (2) Onbeşlerin, Avrupa antlaşmalarına dahil edilmesini öngörmeksizin, aldıkları Şart projesi kararının ilanı bu zirvenin sonucuydu. Onbeşler yine de bu Şart'ın gelecekte olacağı varsayılan bir Avrupa Anayasası'na, örneğin 'Giriş' bölümü olarak, dahil edilmesi konusunu 2001 Ocağı'ndan itibaren İsveç'in başkanlığında yeniden ele almaya karar verdiler.

Amacımız, Nice zirvesinin kararlarına göre ancak 2004'te sonuçlanacak olan bu girişimin başarı şansı üzerine tahminlerde bulunmak değil. Yapacağımız yalnızca böyle bir Şart'ın hangi nedenlerle bir zaruret olarak or-

(1) O tarihte, 'yürürlükte olan temel hakları, kendilerine daha çok görünürlük kazandırmak için bir Şart içinde Birlik düzeyinde bir araya getirmenin uygun olacağı' özellikle belirtilmişti.

(2) Bkz. 'Le Monde', 17-10-2000.

taya çıkmış olduğunu anımsatmak, ve hemen ardından, özellikle bu belgenin nasıl bir kapsama sahip olacağını belirlenmesi konusunda karşılaşılan hukuki zorlukların altını çizmek. Bu iki noktayı sırasıyla dikkate alacağız.

## I- ŞART'IN GEREKLİLİĞİ

Avrupa Birliği bünyesinde temel hakların formel olarak tanınması lehinde işleyen çok sayıda neden var; bunlar kimi Avrupa kurumlarınca birçok sene öncesinden beri öne sürülmüş durumdalar. 5 Nisan 1977'de ortak bir Bildiri'de 'Avrupa Parlamentosu, Konseyi ve Komisyonunun, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Anlaşması ve özellikle Devletlerin Anayasalarının öngördüğü biçimiyle temel haklara verdikleri hayati önemi vurguladıkları' ilan edilmişti. Avrupa Parlamentosu ise, hem 12 Nisan 1989 tarihli Hak ve Özgürlükler Bildirisi'nde hem de 18 Ocak 1984 tarihli Karar'ında, temel haklara saygı konusuna bağlılığını ifade etti. Bazı üye devletlerin açığa vurdukları kaygılar da (özellikle Almanya'da Karlsruhe Mahkemesi'nce alınan *So Lange* kararlarını düşünürsek), temel haklar alanında daha güçlü bir Avrupa güvencesi yönünü göstermektedir. Öte yandan, Avrupa Komisyonu girişimiyle toplanan bir çok uzman kurulu da (3), Avrupa Birliği'nin, antlaşmaları bir temel haklar kaidesine oturtan bir tür 'Bill of Rights'a sahip olmasının bundan böyle kendilerince kaçınılmaz görüldüğünü nedenleriyle açıkladılar.

### A- Hukuki kaygılar

1- Temel haklar konusunda özgün ve özgül bir belgenin düzenlenmesine gerekçe olan hukuki nedenlerin ilkinin, hiç tartışmasız, Topluluk Antlaşmalarının bu konudaki yetersizlik ve boşluklarında aramak gerekir. Örneğin Roma Antlaşması, temelinde ekonomik bir çerçevede dolaşım özgürlüğünü, ve aynı şekilde ulus-temelli ayırım karşıtı ilkeleri ve kadınlar ile erkeklere eşit muamele ilkelerini tasarlamakla sınırlıydı. Bundan dolayıdır ki, 1950'de Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlük-

(3) Bilgeler Komitesi Raporu, 'Pour une Europe de droits civiques et sociaux', Avrupa topluluğu resmi yayınları ; Luxembourg, 1996. Temel haklar konusu uzmanlar grubu raporu, 'Affirmation des droits fondamentaux dans l'union européenne, il est temps d'agir', ibid. Luxembourg, 1999.

lerin Korunması Anlaşması'ndan (AİHA) doğrudan kaynaklanan belli bazı temel hakların ortak hukuka kabul edilmesine dayanan bir içtihatı geliştirmek, 70'li yıllardan itibaren Luxemburg Mahkemesi'nin üzerine düştü (4).

Ayrıca, 'Acte Unique Européen'in girişi, AET devlet başkanlarının 'üye devletlerin Anayasaları ve yasaları, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Anlaşması, ve Avrupa Sosyal Şartı'nca tanınan temel haklara dayanarak demokrasiyi birlikte ileri götüreceklerini' ilan etmekle epeyce çekingen bir hamle yapmıştı. Topluluğun bu konudaki cesaretsizliğine o zaman yöneltilen eleştiriler sonucu, Maastricht Antlaşması daha sonraları 6. maddesinde (F-2) 'Birliğin, 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Anlaşması'nca temin edildiği şekliyle ve ortak hukukun genel ilkeleri olarak, üye devletlere ortak olan anayasal geleneklerden kaynaklandığı şekliyle temel haklara saygı duyduğunu' belirtti.

Ne var ki bu ifade, Adalet Divanı'nın kimi içtihadı kazanımlarını resmen kabul etmekten ileri gitmediği ölçüde, yeni unsurlar getirmemekteydi. Bu yüzden, daha olumlu bir ilerleme kaydetmek için Amsterdam Antlaşması'nı beklemek gerekecekti. Bu Antlaşmanın Giriş'inde (5) ve 6'ncı ve 7'nci maddelerinde (6) yer alan hükümlerinden hareketle, Birliğin tüm tasarruflarına hükmetmeye aday bir 'Bill of Rights' taslağının oluşmakta olduğu söylenebilir (7). Ayrıca temel toplumsal haklara ilk kez gönderme yapıldığı da gözlenmektedir.

- (4) Bkz. Özellikle 'Internationale Handelsgesellschaft', 17-12-1970, 11/70, Rec., s. 1125. 'Nold', 14-05-1974, 4/73, Rec., s. 491.
- (5) 3. Ve 4. gerekçelerinde 'özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel haklara saygı ilkesine bağlılığını' ve 'temel sosyal haklara bağlılığını' ifade etmektedir.
- (6) Birincisi 'Birliğin, üye Devletlere ortak olan özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel haklar, ve hukuk devletine saygı ilkeleri üzerine kurulu olduğunu' belirtmektedir; İkincisi bu ilkeleri ağır ve sürekli olarak ihlal edecek olan bir devlete karşı bir yaptırım prosedürü işleme koymaktadır.
- (7) Bu anlamda bkz. Henri LABAYLE, 'Droits fondamentaux et droits européens', AJDA, 1998, temel haklar üzerine özel sayı, s. 84. Frederic SUDRE, 'La Communauté européenne et les droits fondamentaux. Vers un nouveau système de protection'. JCP, 1998, s. 110.

Yine de, 1997 Antlaşması üye devletlerin saygı duymayı taahhüt edecekleri, Birliğe ait bir temel haklar kataloğunun varlığını temin etmemektedir ; Oysa komisyon uzmanlarınca arz edilen asıl tavsiye buydu (8). Dahası, temel toplumsal haklar konusuna temkinle yaklaşılmıştı: Amsterdam Antlaşması'nın Girişi, 1961'de Torino'da imzalanan Avrupa Toplumsal Şartı'nın ve 1989 Çalışanların Temel Toplumsal Hakları Ortak Şartı'nın tanımlamış oldukları haklara yalnızca 'bağlılığını' ilan etmiş, Avrupa Birliği Antlaşması'nın 136'ncı maddesi ise üye Devletlerin bu hakların 'bilincinde' olduklarını belirtmişti.

Demektir ki, Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesine karşın, Avrupa dahilinde, kimi temel hakları göz ardı edebilecek türemiş bir topluluk hukukunun etkin bir biçimde denetlenebilirliği konusunda kimi zorluklar mevcuttur. Elbette Luxemburg Mahkemesi içtihadının esas olarak AİHA temelinde sıkı bir teminatlar ağı ördüğü göz önüne alındığında, bu soruna aşırı bir önem vermek gereksizdir (9). Ancak, bu anlaşmaya kayıtsız bir bağlılığın -ki 1996'da Luxemburg Mahkemesi bundan kaçınmıştı (10)- yokluğunda, Topluluk çerçevesinde güçlü bir denetim sağlayacak, açıkça tanımlanmış gönderme normları hâl-i hazırda mevcut değildir. Üstelik, Avrupa Birliği'nin hukuksal yetkilerini gözle görülür ölçüde genişlettiği bir zamanda, AİHA'ndan destek almanın yetersiz kaldığı haklı olarak düşünülebilir.

2- Gerçekten de, Maastricht ve Amsterdam Antlaşmaları'ndan sonuç olarak çıktığı üzere Birliğin yetkilerinin genişletilmesi, yeni bazı yetkilerin kullanımını çerçeveleyecek üst düzeyde ve ayrıntılı bir kurallar bütünü'nün belirlenmesini gerektirmektedir.

Çevre ya da kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorunlarda, bu gereksinim daha şimdiden, Topluluğun 'Pilier'si durumunda apaçık ortadadır. Bu son noktayla ilgili olarak, gelecekteki Şart'a, kişisel nitelikli verilerin oto-

(8) Bkz. yukarıda 3. dipnot.

(9) Strazburg Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin topluluk hukukunun konvansiyonel niteliğini kabul etmekle bu yargıyı güçlendirmiştir. Bkz. örneğin, 18 Şubat 1999 tarihli *Mattews c/ Royaume-Uni* kararı, Requête n. 24833/94.

(10) 28-03-1996 tarihli 2/94 no.lu tavsiye, Rec.s. I-1579.

matige bağlanmış işlenmesine ilişkin Avrupa Konseyi Kişilerin Korunması Anlaşması'nda yer alan kimi ilke hükümlerini dahil etmek yerinde olacaktır (11). Bu konuyla ilgili 24 Ekim 1995 tarihli yönergenin (12) onaylanması sırasında Avrupa Parlamentosu, Konseyi, ve Komisyonu, bu yönerge ile temel hakların korunması arasındaki doğrudan ilişki üzerinde oybirliğiyle durdular.

Ancak Avrupa yurttaşlarının yaşamına ilişkin ikinci ve üçüncü '*pilier*'nin artan etkisi (Adalet Divanı'nın yetkisi, Amsterdam Antlaşması'nda kaydedilen ilerlemelere rağmen, bu halde azalmış bulunurken) temel hakların bu alanda da aynı şekilde korunmaları gereğini temellendirmektedir. Anlamlı bir kanıt olarak polis eşgüdümü ile Europol Anlaşmasının işlerliğe konması gösterilebilir. Bu etkinlikler, tamamen arzu edilebilir olmakla birlikte, açıkça kimi temel haklara (suçsuzluk karinesi, sığınma hakkı, vs.) zarar getirebilecek türdendir; ve bu durumda, her ne kadar daha istekli davranmak gerekirse de (13), Şart projesinin en azından bu iki örnekten söz etmesini (48'inci ve 18'nci maddeler) başarı saymak gerekir.

Birliğe verilen yeni yetkilerin ötesinde, Şart Projesinin belli sayıda yeni hakları tanımasına sevinmek gerekir. Bu modernizasyon, metni kaleme alanların Avrupa İnsan Hakları Anlaşması'nı basitçe yeniden yazmaktan öteye gidebildiklerini gösteriyor. Özellikle bioetiğe ilişkin bazı hükümlerde bu görülmektedir, zira proje, terapi amaçlı klonlamadan söz etmese de, insan klonlanmasına karşı bir tavır ortaya koymaktadır (3'ncü madde).

## B- Siyasi kaygılar

Avrupa Temel Haklar Şartı'nın yaratılmasını teşvik eden siyasi kaygılar da, az önce anılan hukuki savlarla ilgisiz olmamakla, kendi paylarına, büyük bir hedefin gerçekleştirilmesine katkıda bulunmak iddiasındadırlar. Esasen bu metinde söz konusu olan, ortak bir değerler ve demokratik ilkeler dizisini düstur olarak hakiki bir Avrupa kimliği yaratmaktır. Bu açı-

(11) 28 Ocak 1981 tarihli sözü geçen Strasbourg Toplantısı.

(12) JOCE, n. L281, 23-11-1995, ss. 31-50.

(13) 1987 Avrupa Konseyi'nin, polis sektöründe kişisel nitelikli verilerin kullanılmasının düzenlenmesine ilişkin R (87) Tavsiyesinden esinlenerek.

dan bakıldığında, Şart'ın '*siyasi ve ahlaki meşruiyet için vazgeçilmez bir araç*' (14) olduğu açıktır.

1-Bu girişimin tartışmasız bir de dışsal boyutu var. Büyük bir genişleme sürecinin hemen öncesinde temel hakların formal bir metinde öne sürülmesi, aday ülkeler için bağlanmak istedikleri Avrupa'nın insan haklarına ilişkin sorunlarda titiz olacağı anlamına geliyor; bu ülkeler için Şart, bir talep ve nihayet demokratik bir güvence olarak algılanmalıdır. Daha genel bir anlamda, '*iç siyasetinde temel haklara saygıya bağlı, ve bunu kılavuz edinmiş olduğunu söyleyen bir Birlik, güvenilir kalmak istiyorsa, aynı hakları dış ilişkilerinde de yönetici bir ilke olarak almak zorundadır.*' (15) Daha şimdiden bu yönde ilerleyen iki unsur var. AT Antlaşması'nın 177'nci maddesinin 2'nci fıkrası, gelişmede işbirliği alanında Topluluk Politikasının '*hem demokrasi ve hukuk devletinin sağlamaştırılmasına, hem de insan hakları ve temel özgürlüklere saygı hedefine katkıda bulunması*' yönünde hüküm bildirmektedir. Öte yandan, Topluluk tarafından üçüncü ülkelerle yapılan dış anlaşmalar çoğu zaman insan haklarının korunması ile ilgili bir madde içermektedirler. Bu bağlamda Birliğin de, dışarıda insan haklarına saygı konusuna hassas olarak, bu kaygısını içeride de formal bir metin biçiminde ortaya koyması arzu edilebilir bir şeydir.

2- Girişimin iç boyutu da aynı ölçüde önemli amaçlara işaret etmektedir. Bunlardan ilki hem uzman grupları hem de Köln'deki Avrupa Zirvesi tarafından çok kereler vurgulandı: Temel haklara daha çok görünürlük kazandırmak (16). Söz konusu hakların dağınık, ve dolayısıyla kolayca tanımlanabilirlik ve şeffaflıktan yoksun oldukları saptamasından hareketle, amaç, yurttaşların, ve üçüncü Devletlerden gelip Birlik topraklarında yerleşmiş, bu hakların uygulanmasını arzulayan başkalarının tamamen ulaşabilecekleri tek bir metinde bu hakları yeniden biraraya getirmektir. Bu durumda bir 'duyuru sorununu' çözmek, ve bu yolla yurttaşlar avrupasını olumsuz etkileyen demokratik bir eksiği gidermek önemli bir konudur.

---

(14) Antonio Vitorino, adalet ve içişlerinden sorumlu Avrupa komiseri, '*Le Monde*', 14-09-2000.

(15) Önceki rapor. n. 3, Luxemburg, 1999.

(16) Bkz. n. 1.



Bu şekilde ifade edilmiş olan girişime göre Şart'ı hazırlayacak olan çalışma organının da tasarlanmasının zorunlu olduğunu seve seve kabul edebiliriz. Bu açıdan, CIG (17) gibi bir konseyin gizliliğine mahkum olmaksızın toplantı ve açık tartışmaların yapılabileceği bir 'salon'un (sonraları 'convention' oldu) yaratılmasına Köln Zirvesi tarafından yeşil ışık yakılması sevindiricidir. Daha teknik bir düzlemde, bu uygulamanın, kesin bir kataloğa varmak amacıyla Avrupa'nın insan hakları konusundaki ortak kaynaklarına başvurmak demek olduğu kolayca tahmin edilebilir. Bu noktaya ilişkin olarak da Köln Zirvesi, Şart Projesinin Giriş'inin açıklamayı görev edindiği belli bir sayıda metni söz konusu yapmakla yolu açmıştı. Bunlar: Üye Devletlere ortak anayasal gelenekler ve uluslararası ödevler, Avrupa Birliği Antlaşması ve Topluluk Antlaşmaları, Avrupa İnsan Hakları Anlaşması, ve Luxemburg ve Strasbourg Mahkemelerinin içtihatları da dahil olmak üzere, Topluluk ve Avrupa Konseyi tarafından kabul edilmiş olan toplumsal şartlardır (18).

Bütün bunlar içinde en sorunlu olanı açık farkla ekonomik ve toplumsal haklar meselesidir. Keza Köln Zirvesi bu konuda özellikle temkinli bir tutum göstermiş, ve yalnızca, '*Birliğin eylemlerinde yalnızca birer hedefin gerekçesi olmadıkları ölçüde, ekonomik ve toplumsal hakların, Avrupa Sosyal Şartı ve Çalışanların Sosyal Hakları Topluluk Şartı'nda ifade edildikleri şekilde dikkate alınması*' çağrısını yapmıştı. Kimi Devletlerin (özellikle Birleşik Krallık) dile getirdikleri bariz çekincelerin doğrudan yansımaları olan bu sınırlayıcı ifade, yalnızca belli bazı hakları, Birliğin politikalarını meşrulaştırmak amacı taşımamaları şartıyla, elde tutmakla yetinmektedir. Başka bir deyişle, belli bir alanda birlik politikası yaratmak ve geliştirmek için kimi hakları (eğitim, aile, iş, sosyal güvenlik) gerekçe olarak göstermek söz konusu olmayacaktır. Tam tersi, mesele bun-

(17) Her devlet başkanı ya da hükümet için bir temsilci, Komisyon'dan bir, Avrupa Parlamentosu'ndan onaltı temsilci, ulusal parlamentolardan otuz üye, Adalet Divanı'ndan iki temsilci, biri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden olmak üzere Avrupa Konseyi'nden iki temsilciden müteşekkildir.

(18) Giriş'te benimsenen ifade Köln'de önerilenden daha geniştir; bu öneri ne ortak uluslararası yükümlülüklerden, ne Luxemburg ve Strazburg Mahkemelerinin içtihatından, ne de özel olarak Birlik Sözleşmesi'nden ve topluluk sözleşmelerinden söz etmemektedir.

ların esasen birlik hukukunun müdahalesi olmaksızın doğrudan öznel haklar yaratmaktan yoksun birer ilke beyanatı olarak anlaşılmalıdır.

Pek çok ONG ve Avrupa sendika örgütleri (19) tarafından arzulanan gerçek bir Avrupa sosyal modelinin işleme konmasına bu görüş tarafından pek değer verilmediği açıktır. Sözü edilen örgütlere göre, iş piyasasının yapısal dönüşümleri ve bunun isdiham üzerindeki etkileri, ve ekonominin dünyasallaşması, normal olarak Birliği sosyal koruma önlemleri almaya ve hatta Avrupa'da asgari bir gelir kurumlaştırmaya yönelmeliydi. Oysa ne Köln'de çizilen perspektifler, ne de müzakereler sırasında kimi üye Devletler tarafından dile getirilen görüşler bu yönde değildirler: Birleşik Krallık ve İrlanda, Şart Projesine temel bazı toplumsal hakların (projenin 'dayanışma' ile ilgili 4'üncü kısmından söz ediliyor) dahil edilmesine karşı itirazlarını ancak çok sonraları kaldırdılar (20); ve belli ki buna ancak Şart'ın gerçek bir hukuki kapsamı olmayacağı kanısına vardıklarında yanaştılar.

Bu koşullarda, başından beri Şart'ın daha önce sözünü ettiğimiz hukuki metinler bütünüünün temelinde 'daimi olarak' gerçekleştirilmesi niyetini de göz önüne alırsak, Şart'ın güncel halinin daha iyi 'duyurulması' bir yana, ona eklenecek olan değerler pek de büyük olmayacağını haklı olarak takdir etmek mümkündür. Şart'ın bağlayıcı bir hukuki kapsamdan yoksun basit bir beyan niteliğine sahip olduğunu görmek elbette 'uygulamanın gerekliliği konusunda birtakım hayal kırıklıklarının ve sorgulamaların kaynağı' (21) olabilir.

## II- ŞART'IN ETKİ ALANI

Avrupa Temel Haklar Bildirgesi'ne verilmesi gereken hukuki etki alanına ilişkin sorgulamalar derhal ana sorun olarak belirdi. Üye Devletlerin konuyla ilgili farklı tutumları bunun Köln Zirvesinin vargaları tarafından

(19) Örneğin bkz. 'Propositions du Mouvement européen international, Objectifs 2002: Construisons ensemble l'Europe du XXI. siècle'. s. 12.

(20) Tam olarak 2000 Eylül'ünde, Biarritz'de sunulan Şart Projesine karar verildiği sırada. Bkz. 'Le Monde', 14-09-2000.

(21) Ulusal Meclis Delegasyonu tarafından Avrupa Birliğine sunulan, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na ilişkin bilgilendirme raporu, 23-03-2000, n. 2275.

baştan belirlenmemiş olmasını açıklamaktadır; Zirve'den çıkan sonuçlar yalnızca '*Şart'ın antlaşmalara dahil edilip edilemeyeceğini, ve edilebilirse nasıl edilebileceğini incelemek gerektiğini*' belirtmektedirler. Ama bu hassas noktaya tam olarak değinmeden önce, tartışmayı aydınlatmak amacıyla, Şart'ın uygulama alanına ilişkin birkaç söz söylemekte yarar var.

## A- Uygulama alanı

1- İlk olarak temel hakların öznesi olan kişiler konusunda, Köln Zirvesi'nin vardığı sonuçların beceriksizce bir ifadesi, Şart'ın hükümlerinin gerçekte yalnızca Birliğin yurttaşlarına yönelik olacaklarını düşündürüyordu. Gerçekten de, esin kaynağı olarak AIHA'nın sözü edildikten sonra, '*Şart'ın ayrıca Birliğin yurttaşlarına özel temel hakları içermesi gerektiği*' söyleniyordu. Ancak, temel hakların ilan edilmesinin hiç kuşkusuz Avrupa yurttaşlığı çerçevesinde yer aldığı doğru olsa bile, bu hakların Avrupa yurttaşlarıyla sınırlanması, önemli sayıda bazı temel hakların evrenselliği ile bağdaşmamaktadır. Nitekim, daimi olarak yerleşmiş yabancı çalışanlar ya da üçüncü ülkelerden olup sığınma isteyenler, bu hakların yararlarından yoksun bırakılmış olmaktadır.

Bu muğlaklıklar Şart Projesinde, metni yazanların temel özgürlüklerle ilgili haklar söz konusu olduğunda '*her kişi*', ya da ekonomik ve sosyal haklar bağlamında '*her çalışan*' gibi ifadeler kullanmaları sayesinde, ne mutlu ki giderildiler. Yine de, sığınma hakkı temel bir hak olarak tanınsa da, Avrupa Sosyal Şartı'nda yer alan ve bizzat AT Antlaşması tarafından da dile getirilmiş (22) olmasına rağmen, ailenin biraraya gelme hakkından (ki sığınma hakkının bir uzantısıdır) söz edilmemesi üzücüdür. Mantıken, yalnızca Avrupa Parlamentosunda seçme ve seçilme hakkı, ve diplomatik ve konsüler korunma gibi, Avrupa yurttaşlığının '*sert çekirdeğine*' ilişkin proje maddelerinin Avrupa Birliği yurttaşlarına ve yalnızca onlara yönelik olması gerekir.

2- Şart'ın gerçek anlamda hukuki uygulama alanına gelirse, bir yandan Topluluğun yetkilerini genişletme fırsatını kısıtlamak, diğer yandan üye devletlerin ulusal yetkilerini korumak amacıyla projede birçok önlem alınmıştır (51'inci madde).

(22) Göç politikasına ilişkin normlar konusunda, Madde 62/ 3-a.

Birinci noktayla ilgili olarak, 'bu Şart'ın Topluluk ve Birlik için yeni bir yetki ya da hedef yaratmadığı, ve antlaşmalarca tanımlanmış yetki ve hedefleri değiştirmedeği' projede açıkça belirtilmiştir. Yeni yetkiler yaratacak bir metinden endişelenen kimi devletleri temin etmeye yönelik olarak bu ifade yararsız değildir; ama bu tehlike 'daimi olarak' yasama yapılmasından itibaren geçerli değil miydi? Üstelik, Birlik tarafından temel bir hakkın ilan edilmesi topluluğa ait bir yetkinin kendiliğinden doğmasını gerektirmez; din özgürlüğü bu konuda bariz bir örnektir.

Ulusal yetkilerin Şart tarafından ele alınması olasılığı daha da hassastır. Bu ikinci noktayla ilgili olarak, projede kararların Birliğin kurum ve organlarına, ve yalnızca Birlik hukukunu uyguladıklarında üye devletlere yönelik olduğu açıklıkla ve doğrudan belirtilmektedir. Dolayısıyla, devletlerden biri kendi iç hukuku temelinde belli bir temel hakka ilişkin olarak eylemde bulunduğu Birliğin yetkisi normal olarak buraya uzanamayacaktır. Yine de bu teorik paylaşımın zaman zaman sorun kaynağı olması kuvvetle muhtemeldir. En azından, yalnızca Şart'ta öngörülen kimi hakların ancak ulusal araçlarla uygulanabilir olması nedeniyle bile, topluluğa ve ulusa ait yetkiler arasında kimi çakışmalar kaçınılmaz olacaktır. Aklımıza eğitim hakkını -ki bunun fiilen işleme konması ulusal yetkilere bağlıdır- ya da aile yaşamı hakkını getirelim -ki aile kavramı ulusal yasalara göre farklılık göstermektedir...

Şart'ı kaleme alanlar elbette bu sorundan habersiz değildiler. Üye devletlere güvence vermek amacıyla, ikinci derecedenlik (*subsidiarité*) (23) ilkesine iki kez başvurmak önlemini aldılar. Ayrıca Şart'ın tanıdığı temel hakların uygulamaya konmasının topluluk hukukuna ve ulusal yasa ve uygulamalara uygun olarak gerçekleşeceğini birçok defa yinelediler. Ulusal hukuka yapılan bu gönderme, Şart'taki hükümlerin bölünmesi ya da işlevsiz kalması pahasına, üye devletlerin yararına, Şart'inkine paralel gözardı edilemez bir yetki alanı sağlayacaktır.

Her şeye rağmen, kalıcı ve iyi işlenmiş bir eşgüdüm mutlaka gerekli olacaktır. Bu eşgüdüm (büyük olasılıkla antlaşmalarda yapılacak kimi deği-

---

(23) Giriş'te, ayrıca 51. maddede.

şiklikler gerektirecek olan(24) yargıçlar arası diyalogun, ve Avrupa İnsan Hakları Anlaşması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihadından çıkarılacak olan ortak normların güçlendirilmesi demek olacaktır. Bu açıdan, projenin yazarlarının, Şart'ın yönergeleri ile Avrupa İnsan Hakları Anlaşması'nın yönergeleri arasında bir uyum arayışını görev edinmiş olmaları iyi bir işarettir. Daha önce de gördüğümüz gibi, Şart'ın Giriş'i Luxemburg ve Strasbourg Mahkemelerinin içtihatlarını esin kaynağı olarak almıştı; daha önemlisi, *'bu Şart Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Anlaşması tarafından güvenceye alınan haklara karşılık gelen haklar içerdiği ölçüde, bu hakların anlamı ve nüfuz alanının sözü edilen anlaşma tarafından kendilerine verilenlerle aynı olduğunu'* 52'nci maddesinde karara bağlamıştır.

Bu şekilde Avrupa planına ortak hukuki metinlerin yorumlanmasında birlik sağlamaya çalışmakla, (25) Birliğin yetkileri ile üye Devletlerin yetkilerinin, en azından hem Avrupa İnsan Hakları Anlaşması'nda hem de Şart'ta sözü edilen temel haklar açısından, eklemelenmesi kolaylaştırılabilir. Şart'ın üye Devletlerin iç düzenine dahil edilmiş bir hukuka benzemesi ölçüsünde Şart'ın hukuku tarafından ulusal yetkilere yöneltilen tehdit daha da hafifleyecektir. Temel haklar alanında Avrupa ortak zenginliğine daha çok gerçeklik kazandırması olası olan bu düzenleme, buradan itibaren mantıki bir sonuç olarak Şart'ın kendisinin de hukuki etkileri olacağını varsaymaktadır...

## B-Hukuki etkiler

Daha önce de söylediğimiz gibi, Şart'ın hukuki bir etki alanı olup olmayacağıının belirlenmesi Köln Zirvesince askıda bırakılmıştı. Bu demektir ki kararı vermek, yani Şart'ı Avrupa Anlaşmalarına dahil etmek ya da etmemek Nice Avrupa Konseyine kalmıştır. Eğer dahil edilmezse, 1789 Fransız

(24) Topluluk yargıcının ulusal yargıca yönelttiği dava öncesi soruları yeniden düzenlemek yoluyla -ancak- sorun gerçekte daha büyüktür. Bkz. aşağıdaki 27. dipnot.

(25) Şart'ın pek çok maddesinin AİHA'ndan esinlenmesi gerektiğinden beri, olası içtihat farklılıklarını aşmak için bu girişim zorunlu idi; elbette, söz konusu olan iki hukuki merciin normlara ilişkin bağımsız takdir hakkı bu girişimi sınırlamaktadır; dolayısıyla, aralarında zaten gelişmiş olan gayri resmi işbirliğinin devamını dilemek gerekir.

İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin anayasaya kabulünden önceki haline benzer basit bir beyan şeklini alacaktır.

1- Şart'ın antlaşmalara dahil edilmesi lehinde bir çok sav mevcuttur. Hayati ve büyük ölçüde simgesel bir konuda, Birliğin hedeflerinin sonunu getirmekten kesin olarak âciz olduğunu göstermesinin yaratacağı olumsuz izlenimden öte, ters yönde bir çözüm, uygulamanın kağıt üzerinde ve işlevsiz kalmasına yol açacaktır. Yurttaşlar yararlanamayacak olduktan sonra, bizzat onlara yönelik temel haklara görünürlük kazandırmanın ne anlamı olabilir? Projenin, Avrupa İnsan Hakları Anlaşması'nın 13'üncü maddesinden (26) esinlenerek, bir yandan dava açma hakkı öngörüp öte yandan böyle bir durumda ilgili taraflara bu hakkı kullanma yordamını vermemesi gülünç bir duruma yol açar. Kısacası, anlaşılıyor ki, gelecekteki Şart'ta ilan edilen temel hakların hukukiliğini güvence altına almak önem arz etmektedir.

Öte yandan bunu iki şekilde kavramak mümkündür. İlkin, Birliğe verili bir hakkı, gerçek anlamıyla öznel bir hak kılmaksızın, yalnızca korumaya zorlayacak normatif bir hukukilik tasarlanabilir. Örneğin konut hakkının beyan edilmesi, belli bir konut üzerinde hak imâ etmeksizin, topluluğun düzenlemeleri ya da ulusal düzenlemelerinin konut yardımını kaldıramayacakları anlamına gelecektir. Bu normatif hukukilik, en alt düzeyinde, Birliğin payına özel zorunluluklar yaratmaksızın, yalnızca pasif bir ihlal etmeme yükümlülüğüyle sınırlı kalabilir. Projenin 34'üncü maddesinde durum böyledir: '*Birlik, sosyal güvenlik yardımlarına ve annelik, hastalık, iş kazaları, bağımlılık ya da yaşlılık ya da iş kaybı gibi durumlara karşı koruma sağlayan sosyal hizmetlere erişim hakkını tanır ve sayar...*'

Bu tür bir ifadenin, taahhüdünün zayıflığı dolayısıyla hiç de tatminkâr olmadığı kabul edilecektir. Bu nedenle, yargılama yetkisine ilişkin bir hukukiliğin, temel hakların teminatı için çok daha elverişli olduğu haklı olarak düşünülecektir. Bu sayede hak sahipleri, mahkemelerce kendilerine tanınan öznel hakları gerçekten savunabilecek, ve Şart da tam anlamıyla hukuki alana girmiş olacaktır. Bununla beraber pozitif hukukun yeterli hu-

---

(26) Proje'nin 47. maddesi.

hukuki gereçlere sahip olmaması sıkıntı yaratmaktadır. Avrupa Topluluğu Sözleşmesinin 230'uncu maddesine ilişkin öngörülen iptal davası varsayımı hariç, Avrupa Topluluğu sözleşmesinde hal-hazırda bulunan davalar normal olarak özel kişilere açık değildirler, ya da özel durumlara uyarlanabilir değildirler. Adalet Divanı'nın da vurguladığı gibi, '*özel kişilerin dava hakkı yalnızca kendilerini doğrudan ve bireysel olarak ilgilendiren maddelere ilişkin olarak mevcuttur*', ve '*temel haklarına gelebilecek zararlarına karşı etkin bir hukuki koruma sağlamakta*' (27) yetersiz kalmaktadır.

Bütün bunlar şu anlama geliyor ki Şart'ın antlaşmalara dahil edilmesi, hukuki davaları reforme etmekten kaçınarak olamayacaktır. Hem bireyle haklarından yararlanmaları için etkin yordamlar sağlamak, hem de dava sistemlerinin karmaşıklığını ve Adalet Divanı'nın üç '*pilier*'deki farklı yetkilerini daha kapsamlı olarak düşünmek gerekecektir...Er ya da geç kaçınılmaz olan böyle bir çalışma alanının açılması, Şart'ın topluluk hukukuna dahil edilmesinin birinci dereceden hukuki sonuçlar doğuracağını göstermektedir.

2- Bu arada, Nice Zirvesi'nde Şart'ın sözleşmelere dahil edilmesi olasılığının çok küçük olduğunu gözönüne alırsak, bu girişimin sonuçsuz kaldığı ve küçük bir yarardan ötesine sahip olmadığı sonucunu çıkartmak gerekir mi? Bu bakış açısı savunulabilir; zira devletlerin çekingenliğine, metnin yetersizliklerine ilişkin sağda solda yapılan eleştiriler (28) eklendiğinde, bu girişimin son tahlilde kamuoyunun beklentilerini boşa çıkararak, pratik bir yararı olmayan, muğlak bir resmi beyannameye dönüşeceği tahmin edilebilir. Demokrasi eksiğini giderme fırsatı bir kere daha kaçırılmış olur. Daha da kötüsü, uygulamanın bir gerileme olması olur, zira ilan edilen haklar, içinden çıkartıldıkları metinlerde pozitif hukuk alanındadırlar. Son olarak, kendini model olarak ileri süren Birlik dışarıda itibar kaybetmiş olur.

Buna karşılık, 2000 yılı içinde geliştirilen metnin, '*salt ifadeleri dolayısıyla bile bağlayıcı bir nitelik taşıyor görüldüğü*' (29) de savunulabilir. Temel

(27) Avrupa Birliği için Ulusal Meclis Delegasyonu raporu, s. 27.

(28) Örneğin bkz. '*Le Monde*', 3/4 -12-2000.

(29) Laurent CAUHEN-TANUGI, '*Un Succès pour l'Europe*', '*Le Monde*', 8/9-10-2000.

haklar metinde '*Fransız usulü, şimdiki zaman emir kipinde*' (30) duyurulmaktadır. Bunun nedeni ise, '*Convention*' tarafından en başta alınan, hazırlanmakta olan metin nihayetinde bağlayıcı bir niteliğe sahip 'olacakmış gibi' davranılması kararından başka bir şey değildir. Bu açıdan bakıldığında, Şart'ın sözleşmelerde yer alıp almamasının pek bir önemi yoktur; tartışmasız bir hukuki kapsama sahip ve yürürlükte olan metinlerden emir kipinde türetilmiş hükümler taşımakla, Avrupa Komisyonu ve Parlamentosu tarafından onaylanmış ortak değerler üzerinde bir mutabakat olarak, Onbeşler tarafından sonuçları çıkartabilecek bir otoriteye sahip olacaktır. Başka bir deyişle, Şart'ın yazılmasıyla oluşan dinamik, doğal olarak kısa vadede topluluk hukukuna resmen dahil edilmesine varmalıdır. Buradan hareketle, böyle başlamış bir sürecin baştan belirleyici bir boyut taşıdığını düşünmek biraz acelecilik olur. İsmine rağmen, '*la Convention*' anayasal nitelikli bir metin üretmek amacını taşııyordu; hükümetler buna henüz hazır değiller. Yine de bu çalışmaların ürünü olacak olan belgenin kısa sürede yasama-üstü bir değer kazanabileceğini kabul etmeliyiz.

Çeviren: Ufuk KILIÇ

(Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales)

---

(30) *Ibid.*



## Oturum Başkanı

---

Sayın Rossetto'ya teşekkür ederiz.

Oturumun ikinci kısmına, tartışmacılar kısmına geçiyoruz. Önce Doç. Dr. Oktay Uygun, birinci konuşmacının, Mösyö Helmons'un konuşmasını ele alıp değerlendirecek. Daha sonra Yard. Doç. Sultan Üzeltürk de ikinci konuşmacının metni üzerinde bize tartışmacı düşüncelerini ifade edecek.

Buyurun Sayın Uygun; söz sırası sizde.

## Doç. Dr. Oktay Uygun

---

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Süremiz çok kısa olduğu için, ben de sadece birkaç noktaya değineceğim.

Sayın Silvio Helmons, bildirisinde önce hakların gelişimini bize özetledi; birinci, ikinci, üçüncü kuşak, hatta dördüncü kuşak haklar şeklinde gelişimden söz etti ve insan hakları alanında güncel tartışmalardan, güncel konulardan söz etti. Sunuşumda bu noktalarda birkaç konuyu ele almayı, birkaç noktayı açıklığa kavuşturmayı istiyorum.

İnsan hakları, 17-18 inci yüzyıllarda teorileştiriliyor ve bugün birinci kuşak haklar olarak adlandırdığımız haklar şeklinde ortaya çıkıyor. Ancak, 19 ve 20'nci yüzyıllarda sosyal haklar ya da ikinci kuşak haklar dediğimiz yeni bir kategori ortaya çıkıyor; bugün üçüncü kuşak hakları tartışıyoruz. Belki de gerçekten bilimin ve teknolojinin kötüye kullanımına karşı insan haklarının korunması için bir dördüncü kuşak haklardan söz etmemiz gerekecek. Bu, zamanla da değişecek; insan hakları listesi sürekli gelişiyor, yeni kategoriler, yeni kuşaklar ortaya çıkıyor.

Şöyle de tam bu noktada ciddi bir tartışma var; "Acaba insan haklarının böyle sürekli sayısının artması iyi bir şey mi; yoksa bu, insan haklarını zedeleyebilir mi?"

yen, insan haklarını önemsizleştiren bir gelişme mi?" diye bir tartışma var. Bu noktada, 70'li yıllardan itibaren ortaya çıkan bir tartışmayı gündeme getirmek istiyorum. Biraz da sabahki, daha doğrusu ilk bildirimlerdeki tartışmalarda da ele alınan bir konu; 70'li yıllarda birinci kuşak haklar dışındaki hak kategorilerinin aslında insan hakkı olmadığı, onların farklı bir mantıksal kategoriye ait olduğu yönünde görüşler ortaya çıktı. Gerçi ikinci kuşak haklar, sosyal haklar uluslararası belgelere geçti, anayasalara geçti, güvenceye bağlandı; ama buna rağmen 70'lerden itibaren tüm dünyayı etkileyen yeni liberal politikalarla birlikte, birçok devlet sosyal haklar alanında geri adımlar attı. Devletin küçültülmesi, özelleştirme politikaları, kamu sektörüne olan güvensizlik, bu süreçle paralel olgular ve sosyal haklarda çok ciddi gerilemeler oldu; hem gelişmiş ülkelerde, hem de gelişmekte olan ülkelerde. Tam bu süreçle bağlantılı olarak bazı liberal yazarlar, başta ünlü düşünür Hayek olmak üzere, bunu savundular; "Üçüncü, dördüncü kuşak hakları bırakın, ikinci kuşak haklar bile insan hakkı değildir; onlar bir haktır, ama insan hakkı olarak nitelendirilmemesi gereken, başka kategoriye giren haklardır" denilmiştir.

Hayek, bu konuda kitabında bir örnek verir; çok çarpıcı olduğu için burada kısaca anlatmak istiyorum. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesindeki haklardan biri de ücretli tatil hakkıdır. Evrensel Bildirge, hem birinci kuşak, hem ikinci kuşak hakları düzenliyor ve Hayek şunu demeye getiriyor: "Ücretli tatil hakkı, acaba yaşam hakkı kadar, kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı kadar önemli bir hak mıdır ya da işkence görmeme kadar önemli bir hak mıdır; değildir" demeye getirir. Ücretli tatil hakkının da evrensel bir hak olarak sunulmasının çok yanlış olduğunu söyler. Acaba bu yaklaşım doğru mudur; bunu sorgulamak gerekir. Şu açıdan: Ücretli tatil hakkı nasıl ve hangi koşullarda çıktı; buna bakalım: Bu hak, vahşi kapitalizmin uygulandığı sanayi devrimi sonrasında bir hak talebi olarak ortaya çıkıyor. Yani insanların, çocuk ve kadınlar dahil olmak üzere günde 16 saate kadar çalıştırıldıkları ve çalışma süresinin dışında da 8 saatlik uyuma dışında başka hiçbir etkinliğe izin verilmeyen bir ortamda doğdu ve günde 16 saat çalışan bu insanlar, sadece karınlarını doyuracak kadar da para alabiliyorlardı. Bu koşullarda hiçbir insan insani etkinliklerde bulunamazdı, sadece bir robot gibi gidip çalışabilirdi. Ancak insan akıllı bir varlık, etik değerler üreten bir varlık, düşünen bir varlık ve bu etkinliklerle

rin hiçbirini yapmak mümkün değil; yani insanca yaşamak mümkün değil, insan haysiyetini koruyarak yaşamak mümkün değil. İnsan haklarının kökeninde, kaynağında bu yok mudur? İnsan onurunu korumak, insanca bir yaşam düzenini güvence altına almak için çıkmamış mıdır? Birinci kuşak haklar da böyle çıkmıştır. Ücretli periyodik tatil hakkı, o çok küçümşenen hak, o dönemin koşullarında bir işçi için, bir çalışan için en az yaşam hakkı kadar, mülkiyet hakkı kadar önemli bir haktır, en az onun kadar insan onurunu koruyan bir haktır. Bu bağlamda, ikinci kuşak hakların evrensel olmadığı ya da ikinci derecede önemli olduğunu söylemek biraz yanlış gözüküyor.

Tabii Hayek, başka yönlerden de eleştirir; der ki, "İkinci kuşak haklar, herkese tanınan haklar değildir; çalışanlara ya da sosyal ve ekonomik yönden güçsüz olan kesimlere tanınan haklardır. Oysa birinci kuşak haklar, örneğin yaşam hakkı herkese tanınmıştır; hangi ülkede yaşarsa yaşasın, yaşı ne olursa olsun, cinsiyeti ne olursa olsun, herkese tanınan haklardır." Hatta çok eleştirir; "Evrensel Bildirgede ücretli periyodik tatil hakkı konulmuştur" der, "Herkesin bu hakkı vardır denir; ama bir köylünün, bir Eskimo'nun, hatta Himalaya'nın kar adamının bu hakka ne ihtiyacı olacaktır? Oysa varmış gibi sunulur..." Yani bir hizmet sözleşmesiyle çalışan, ücret karşılığı çalışan bir insan hakkı olarak bunu düşünmek gerekir. Birinci kuşak haklarda da böyle şeyler vardır. Evet, yaşam hakkı herkesindir; ama birinci kuşak haklardan olan örneğin siyasal haklar, oy verme hakkı bu anlamda herkese tanınmamıştır, belli bir yaş kategorisine giren herkese tanınmıştır. Bunun gibi diğer bazı haklarda da benzer şeyler vardır.

Bir başka nokta, yine daha önceki bildirilerde de değinildi, bağlantı kurmak için söylüyorum: Denilir ki, "Sosyal haklar evrensel değildir; çünkü bunlar kolayca gerçekleştirilemez, devletin bu iş için çok büyük mali olanaklar ayırması gerekir, kaynaklar ayırması gerekir. Oysa birinci kuşak haklar çok kolay gerçekleşir; devletin hiç müdahale etmemesi, kaçınması yeterlidir." Bu da çok doğru değil, biraz da çarpıtma var gibi geliyor; şu anlamda: Etrafımızdaki ülkelere bakalım: Suriye, İran, Azerbaycan; bu ülkelerde düşünce özgürlüğü kolayca gerçekleşebilir mi?.. Çok zor; o kadar zor ki, orada birinci kuşak hakların gerçekleşebilmesi için kaçınılmaz bir şe-

kilde rejim değişikliği gerekecek, demokratik bir rejimin kurulması gerekecektir.

İkinci kuşak haklar, evet devletin mali olanaklarıyla kuşkusuz ilgilidir; ama bunu da çok abartmamak gerekir. Çünkü bu haklarda da bir asgari standart aranıyor; yani sağlık hakkı derken, bütün sağlık hizmetlerinin parasız karşılanması, en lüks hastanede karşılanması kastedilmiyor, koruyucu hekimlikten başlamak üzere asgari bir standart isteniyor. Yoksul, geri kalmış veya gelişmekte olan ülkelere baktığımızda, bazılarında açlık sorunu var, açlıktan ölen insanlar var. Ancak, sanıldığının aksine, o ülkelerde herkese yetecek kadar gıda olmamasından kaynaklanan bir şey değildir. Yeryüzünde bütün insanlara yetecek kadar gıdadan daha fazlası vardır; bütün sorun, o gıdaların dağıtımıyla ilgili siyasal kararlardan kaynaklanıyor. Daha adil, daha eşitlikçi bir dağıtım politikası, bölüşüm politikası olsa, bu tür sorunlar asgariye indirilebilir.

Üçüncü kuşak haklar üzerinde de ciddi tartışmalar var; "Bunlar da insan hakkı değildir. Bu hakların öznesi kimdir, kullanıcısı kimdir, çok net bir şekilde belirlenmiş değil; yükümlüsü kim, bu hakları kim gerçekleştirmekle yükümlü, burada belirsizlikler var" deniliyor. Ancak, bence olaya biraz daha farklı bir noktadan bakmak gerekiyor; şu açıdan: "Bir hak insan hakkı mıdır, değil midir" diye bir ölçüt koyacaksak, buradaki ölçütümüz; sosyal haklarda olduğu gibi, "devlet karışıyor mu, karışmıyor mu" buna bakmak ya da üçüncü kuşak haklarda olduğu gibi "yükümlüsü kimdir, öznesi kimdir" diye bakmak yerine, -bunlar önemsizdir demiyorum ama-bundan başka bir şeye bakmak gerekir; o da şu: Bu hak niçin var? Eğer insan onurunu korumak için, insanca bir yaşam düzenini güvence altına almak için varsa, ortaya çıkmışsa, hiç kuşkusuz o insan hakkıdır. Çevre hakkını düşünelim; çevre kirliliği, yüzyılımızda korkunç boyutlara ulaştı. Kirli bir çevrede nefes almakta bile zorlanacağımız bir çevrede diğer hakları kullanmamız çok zor. Savaş tehlikesi, dünyayı birkaç kez yok edebilecek kadar nükleer silahlara sahibiz ya da yerel çatışmalar var. Savaş ortamında insanın birinci ya da ikinci kuşak haklarını kullanması mümkün değil. "Gelişme hakkı" şeklinde formüle edilen geri kalmışlık; yoksul ülkelerde insanlar hiçbir hakkı kullanamıyorlar. Bütün bunlar, demek ki insan onuruna yönelik yeni çağdaş tehditler. Bu tehditleri önlemek üzere çok şey

yapılabilir, devletler farklı politikalar izleyebilir. İşte bu politikaların biri de, insan onurunu korumak için, bunları insan hakkı şeklinde formüle etmek, uluslararası belgelere geçirmek, anayasalara geçirmek. Niçin; çünkü daha güvenceli bir sistem, iktidarları bağlayıcı, zorlayıcı bir sistem. Bu anlamda, üçüncü kuşak hakları da bu bağlamda değerlendirmek lazım.

Çok kısa olarak bir başka noktaya geçiyorum: Yine güncel tartışmalardan biri, öznesi kolektif varlıklar olan haklardır. İşte farklı bir yelpazede halkların kendi kaderini tayin hakkından kültürel kimlik haklarına kadar uzanır bu. Burada şu söylenir: "Bunların ismi de garip; çünkü burada bir insandan hareket edilmiyor, halkların hakkı diyoruz ya da bir grubun, bir etnik grubun, bir dinsel grubun, bir kültürel grubun haklarından söz ediyoruz. Bunlar insan hakkı olamaz." Halkların kendi kaderini tayin hakkı, ilginçtir, Birleşmiş Milletlerin hazırladığı, birinci ve ikinci kuşak hakları düzenleyen, 66 tarihli iki sözleşmede de yer almıştır; Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesiyle Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin birinci maddelerinde yer almıştır ve terim aynen halkların kendi kaderini tayin hakkıdır. Dikkat ederseniz, burada insan vurgusu yoktur; ama bu insan hakkı değil midir? Aslında bu da insan hakkıdır; şu bağlamda: Niçin bu hak ortaya çıktı? Geçmişteki sömürgeci emperyalist politikalara karşı olarak ortaya çıktı. Sömürge ülkelerdeki insanlar birçok haklarını kullanamıyorlardı, kendi siyasal statülerini özgürce belirlemiyorlardı. Örneğin, sömürge ülkede yaşayan birisi, siyasal haklarını kullanamıyor; çünkü ülke dışarıdan yönetiliyor. Buna bağlı olarak dernek kurma özgürlüğünden yararlanamıyor, düşünce özgürlüğünden, örgütlenme özgürlüğünden yararlanamıyor; yani sömürge ülkedeki insanlar, topluca, bütün halk, birinci ve ikinci kuşak haklardan yararlanmada ciddi zorluklar var. İşte o yüzden vurgu burada tek tek bireyler üzerinde değil de bütün halk üzerindedir; çünkü bütün halkın sorunu vardır. O yüzden hakların kendi kaderini tayin hakkını da tek tek bireylerin hakları olarak düşünmek mümkün.

Aynı şeyi diğer haklar için de yapmak mümkündür; kültürel kimlik hakkı... Hemen hemen bütün ulus-devletlerde birtakım farklı gruplar var; dinsel, dinsel, kültürel açıdan fark taşıyan gruplar var. Tabii ki bunların birtakım talepleri var, farklılıklarını korumaya yönelik talepleri var; ama buna iliş-

kin uluslararası sözleşmeler de var. Türkiye ve Fransa gibi bazı ülkeler bu konuda çok duyarlıdır; etnik grup sözü, azınlık sözü çok tedirgin edicidir. Ancak, bu grupların hakları da birey hakları olarak düşünülebilir, formüle edilebilir ve insan hakkı olarak kesin olarak tanımlanabilir. Çünkü bu grupların üyeleri de aslında birinci ve ikinci kuşak hakları talep etmektedirler; yani kendi anadilinde konuşma hakkını istemektedirler, bunu özel ve kamusal alanda kullanma hakkını istemektedirler. Bunu birey vurgusu öne çıkarılarak da formüle etmek mümkündür; Fransa daha çok böyle yapıyor. Grup olarak ifade edilmesinde de sakınca görülse bile; ama "bunlar insan hakkı değildir" demek mümkün değil.

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Teşekkür ederiz.

Söz sırası, Sayın Yrd. Doç. Sultan Üzeltürk'te. O da Prof. Jean Rosseto'nun konuşma üzerindeki değerlendirmelerini bize sunacak.

Buyurun efendim; söz sırası sizin.

### **Yrd. Doç. Dr. Sultan Üzeltürk**

---

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sunuşumda, öncelikle neden Avrupa Birliğinde insan hakları konusunun gözden geçirilmesi gerektiğini; ardından bu çerçevede, Avrupa Birliği çerçevesinde insan hakları koruma mekanizmasının nasıl yapıldığını kısaca vurgulamak istiyorum. Ardından temel haklar şartına gelmiş, temel haklar şartının nasıl oluştuğu, Türkiye'nin temel haklar şartının neresinde olduğu noktası ve son olarak birkaç soruyla bitirmek istiyorum.

Neden Avrupa Birliğinde insan hakları gözden geçirilmesi sorusuna, sayıyla sınırlı olmamak üzere bazı cevaplar vermek mümkün. Öncelikle üye devletler insan haklarını ihlal ediyorlar ve etmekte. Birey için insan haklarının gözden geçirilmesi, onun haklarının garanti edilmesi açısından önemli kuşkusuz ve Avrupa Birliği için ekonomik entegrasyonun sürmesi için Birlik insan hakları standardının gelişmesi, yükselmesi büyük önem taşıyor. İkincisi, Avrupa Birliğinin yetki alanının geniş bir plana yayılmasından kaynaklanıyor. 1993'te Maastricht Sözleşmesiyle Avrupa Birliğinin yetki alanına Avrupa Birliği vatandaşlığı da dahil edilmiştir ve Avrupa Birliği, her gün daha çok bireyi doğrudan etkileyen kararlar almaktadır. Üçüncüsü, Avrupa Birliğine girmek isteyen ikinci ülkelerden ön şart olarak insan haklarını koruması beklenmektedir. Bu, l'Homme Sözleşmesine dahil ülkeler için de geçerlidir. Eğer bu hakları kendisi garanti edemiyorsa, ana hatlarıyla başkalarından bekleme olanağı da olmayacaktır.

Avrupa Topluluğu bünyesinde, Avrupa Topluğu Adalet Divanı, Topluluğun kurucu anlaşmalarını anayasal şart olarak tanımlamıştır. Bunu ilk kez 1986 yılında **Lesperts** Kararında, kurucu anlaşmaları anayasal şart olarak tanımlamış ve buna göre Topluluğa üye ülkeler ve Topluluk kurumları, kurucu anlaşma hükümlerine uygun davranma yükümlülüğü altına görülmüştür; yani öncelikle hukukun üstünlüğü vurgulanmıştır. Burada ikinci vurgu, Avrupa Topluluğu içindeki farklı ya da yeni hukuki düzen açısından yapılmaktadır. Avrupa Divanı, 1/91 Numaralı mütalaasında, Topluluk sözleşmesini tekrar bir anayasal şart olarak tanımlarken; sözleşmeyi hem Avrupa Topluluğu ve onun üye devletleri arasında Avrupa ekonomik bölgesini kuran anlaşmadan, hem de EFTA üye devletlerinin birliğinden ayırmıştır. Buna göre, Topluluğun nihai hedefi, sadece sosyoekonomik alan değil, daha çok siyasideir.

Avrupa Topluluğu Adalet Divanının bir başka önemli kararı; **Van Genenlos** Kararında, uluslararası hukukun yeni bir düzenini teşkil ettiği vurgusu yapılmaktadır ve bu yeni hukuk düzeninin süjeleri artık sadece üye devletler değil, üye devlet vatandaşlarıdır da. Bu noktada, Avrupa Birliği çerçevesinde yeni hukuki düzen yapılırken, bunun siyasi boyutu ya da bir başka ifadeyle yeni siyasi düzenden de söz etmek mümkündür. Bu çerçevede, Avrupa Birliğinin geleceğine ilişkin birtakım senaryolar üretilecek-

tedir ve üretilmiştir. Bununla bağlantılı olarak, özellikle Avrupa Birliği Temel Haklar Şartıyla bağlantılı olarak gündeme gelen sorun, Federal Süper Avrupa Devletine yaklaşıldığı yönünde olmaktadır. Her ne kadar temel haklar şartında bu zamana kadar olandan daha fazla yetki devrini gerektirecek bir durum olmadığı vurgulanmaktaysa da, -bu, Roman Herzog tarafından da sözlü olarak ifade edilmiştir- bu kaygılar, özellikle Birleşik Krallık açısından da sosyal haklara ilişkin sorunlar yanında gündemdedir.

Avrupa Topluluğu içinde temel haklar koruma mekanizması nasıl sağlanmıştır; buna kısaca değinmek istiyorum: Avrupa Topluluğunun kurucu anlaşmaları, temel hakların korunmasına ilişkin bir liste içermemektedir. Gerçi kurucu anlaşmanın başlangıcında, ülkelerin ekonomik ve sosyal gelişmelerini sağlamak, halkların yaşam ve çalışma şartlarının sürekli olarak iyileşmesi amacıyla barış ve hürriyetleri koruma ve güçlendirme kararıyla bazı maddelerde yer alan prensipler, insan haklarıyla kuşkusuz ilgilidir. Fakat bu çerçevede ayrıca bir insan haklarına ilişkin liste yoktur. 1987'de tek Avrupa senedinin başlangıcı, Avrupa Topluluğunda insan haklarının korunması anlayışını getirmiştir. 1989 yılında Avrupa Parlamentosu bünyesinde Temel Hak ve Hürriyetler Bildirgesi hazırlanmış ve yine Parlamento tarafından Topluluk anayasa tasarısının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir. Maastricht Sözleşmesi'yle bu alan güçlendirilmektedir. Maastricht Sözleşmesi, insan hakları alanında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini işaret etmektedir.

1993'te Kopenhag'da toplanan Avrupa Konseyi Başkanlık Zirvesi, Avrupa Birliğine giriş kriterlerinden saydığı siyasi kriterler içinde, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları ve azınlıkların haklarına saygıyı saymıştır. Amsterdam Anlaşması ise, temel hak ve özgürlükler alanında en önemli değişiklikleri getiren anlaşmadır. Buna göre, anlaşma; "hürriyet, güvenlik ve adalet" başlığı altında temel haklar ve ayırım yapılmaması ve hürriyet, güvenlik ve adalet bölgesinin giderek kurulması şeklinde iki bölüme yer vermiştir. Anlaşmanın ilk maddesi, Maastricht Anlaşmasının F Maddesinde değişiklik yaparak, Birliğin temelindeki ilkeler başlığını almış ve "Birlik, üye devletler için ortak ilkeler olan hürriyet, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devleti ilkeleri üzerine kurulmuştur" haline getirilmiştir. Maddenin 2. Fıkrası değiştirilmeyerek aynen ko-



runmuştur; "Birlik, 4 Kasım 1950'de imzalanan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunması Avrupa Sözleşmesinin güvence altına aldığı ve üye devletlerin ortak anayasa geleneklerinden Topluluk hukukunun genel ilkeleri olarak kabul edilen temel haklara saygı gösterecektir" hükmü yer almaktadır.

Amsterdam Anlaşmasıyla getirilen asıl yenilik, "Üye devletlerden birinin Birliğin temelinde yer alan ilkeleri ihlal etmesi halinde eylem" başlığını taşımaktadır. Avrupa Birliğinin, üzerine kurulu olduğu ilkeler olan hürriyet, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukuk devletin üye devletler tarafından ihlal edilmesi halinde ne yapılacağı öngörülmektedir. Buna göre, ciddi ve ısrarlı olarak insan hakları ve temel özgürlükleri, hukuk devleti ve demokrasi gibi tüm üye devletler için müşterek olan ilkeleri ihlal ettiği tespit edilen üye devlet, bu anlaşmadan kaynaklanan haklarından mahrum olacaktır. 1999'da Köln Zirvesinde ise, Avrupa düzeyinde geçerli temel hakları bir şart bünyesinde toplamak ve bu haklara daha geniş bir görülebilirlik sağlamak gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Ki bu zirvenin ardından da Temel Haklar Şartının hazırlanması süreci başlıyor.

Metinsel olarak Avrupa Birliği çerçevesinde insan haklarının korunması bu alanlara hasredilmiş. Asıl insan hakları koruma mekanizması, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarında ortaya çıkmaktadır. Schtauer Kararında, temel hakların Topluluk hukukunun genel prensiplerinde var olduğunu ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından korunduğu ifade edilmiştir. **Handelgezelshaft** Kararında, korunan hakların, üye devletlerin anayasal geleneklerinden kaynaklandığı belirtilmiştir. **Nolt** Kararında ise, insan haklarının korunması için üye devletlerin imzacı oldukları ya da işbirliği yaptıkları uluslararası insan hakları sözleşmelerini Topluluk hukukunun uyacağı yol göstereceği kurallar olarak kabul edecektir. Bu çerçevede, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı bünyesinde, bugüne kadar da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesiyle bağlantılı olarak büyük ölçüde, temel hakların korunduğu içtihatlarla rastlamak mümkündür. Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini kullanırken, büyük ölçüde ya vardığı sonucu desteklemek ve bunu kuvvetlendirmek amacıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine atıfta bulunmaktadır.

Bu çerçevede hem içtihadi alana, hem de mevzuat alanına bakıldığında, neden Avrupa Birliği bünyesinde insan hakları koruma mekanizmasına ihtiyaç var? Görüldüğü gibi, öncelikle Avrupa Birliği içinde insan haklarının korunması mekanizmasının güçlü olmadığı görülmekte. Avrupa Topluluğu Adalet Divanının içtihatlarını yazılı olmayan genel prensiplere dayandırmasından kaynaklanan bir meşruluk sorunu vardır. İkincisi, bu alanda yasal bir kesinlik yoktur; bireyler Avrupa Topluluğu Adalet Divanı tarafından verilen kararlar dışında hangi hakların güvencelendiğini bilememektedirler. Üçüncüsü, bireylerin Avrupa Topluluğuna karşı Avrupa Topluluğu Adalet Divanına dava götürme yollarının çok daraltılmış, kısıtlı olmasından kaynaklanmaktadır. Dördüncüsü, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı, insan hakları bakış açısını üye devlet davranışlarına yaydığından beri bu alanda iki seviyeli bir koruma vardır. Bu, hem İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi içtihatları, hem de Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarıyla oluşmaktadır. Bu çerçevede, birçok kararında artık Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin farklı kararlar verebilme potansiyeli ortaya çıkmıştır. Özellikle **Progan** ve **Opendor** kararlarında karşılıklı olarak, **Orten** ve **Funke** kararlarında karşılıklı olarak böyle bir potansiyel doğmuştur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı kararlarının artık çatışma ihtimali vardır.

1999 tarihli Metyus Kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bunun da ötesinde, şu karara varmıştır: 76/787 Numaralı Konsey Kararı ve 1976 Avrupa Parlamentosu Seçim Yasasının Topluluk çerçevesinde kabul edilen bir metin olduğunu ve Birleşik Krallığın tek taraflı olarak bunu kaldırması ya da değiştirilmesinin mümkün olmadığı Birleşik Krallık tarafından ileri sürülürken, Mahkeme ihlal kararı verirken şu sonuca varmıştır: "Öncelikle sözleşme, yetkilerin uluslararası organizasyonlara devrini sağlayan alanı dışlamamakta ve bu alanda da transferden sonra, bu devirden sonra dahi, üye devlet tarafından üstlenilen sorumluluk, sözleşmeden doğan hakki garanti etmeye devam etmektedir." Mahkeme aynı zamanda sözleşmeden doğan hakların teorik veya göstermelik değil, pratik ve etkili kullanımının garanti edilmesinin amaçlandığını tekrarlamıştır. Bu çerçevede de İnsan Hakları Mahkemesi kararıyla Avrupa Topluluğuna ilişkin bir belge nedeniyle Birleşik Krallığın mahkumiyeti söz konusu olmuştur.

Bütün bu sorunlar çerçevesinde, Köln Zirvesinde bu temel hakların aydınlatılması, ortaya çıkarılması hedefi gösterilmiştir ve bu anlamda Temel Haklar Şartının hazırlanması gündeme geliyor. Temel Haklar Şartı, kaynağında birçok uluslararası belgeyi barındırmakta. Ana hatlarıyla bunları ifade etmek gerekirse; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Topluluk Temel Sosyal Haklar Şartı, Avrupa Topluluğunun kurucu anlaşmaları, Avrupa Mahkemesi kararları, Şengen Sözleşmesi, Çocuk Hakları New York Sözleşmesi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Europol Konvansiyonu, Avrupa Konseyi Kişisel Bilgilerin Otomatik Tutulmasına Karşı Kişilerin Korunmasına İlişkin Konvansiyon ve Topluluk Çalışanlarının Temel Haklarına Dair Şart, Yozlaşmayla Mücadele Sözleşmesi, Sivil ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, üye devletlerin milli yasaları, milli anayasalar, üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri gibi içerik ve bölge olarak sınırlı tutulmayan uluslararası ve milli belgeler, Temel Haklar Şartına kaynaklık etmiştir. Fakat şartın yorumu, esin kaynağını oluşturan belgelerden bağımsız, kendi dinamik gelişimini oluşturacaktır.

Bu çerçevede, Temel Haklar Şartında temel hak ve hürriyetlerin güvence lenmesi açısından şu noktaları özellikle vurgulamak istiyorum: 52. Maddesinde; "Sınırlamaların yasayla olması, hak ve özgürlüğün özüne saygılı olunması -ki, bu bize yabancı bir kavram değil; öz kriteri 1961 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin olarak getirilen kriterdi, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla da 1982 Anayasasının uygulanmasına taşındı'- gerekli olmalı ve Birliğin veya başkalarının haklarının korunması söz konusu ise yapılmalıdır ve şarttaki İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinden kaynaklanan haklar ve özgürlükler, anlam ve alan açısından sözleşmede ifade edilenlerdir. Bu, Birliğin daha geniş koruma getirmesine engel değildir." Bu çerçevede temel hak ve özgürlüklerin güvence lenme mekanizmasını da ortaya koymuştur.

Türkiye açısından bir-iki noktaya dikkat çekmek istiyorum: Türkiye'nin bu çerçevede Avrupa Birliğine giriş süreci çerçevesinde Kopenhag Kriterleriyle yükümlü olduğu ortadadır. Ancak Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, bu belgenin ötesinde birtakım yükümlülükler getirmektedir, özellikle sosyal haklara ilişkin olarak. Bu durumda, Türkiye'nin sorumlulukları

uzun vadede daha da artmak durumundadır, Kopenhag Kriterlerindeki ve Katılım Ortaklığı Belgesinde ortaya konulan unsurların ötesine geçilmek durumundadır. Belki buna "uzun vadede yapılması gerekenler" vurgulamasını yapmak gerekir.

Özellikle şu sorularla bitirmek istiyorum: Temel Haklar Şartı, her şeyden öte, Avrupa Birliğinin yeni siyasal düzenini nasıl etkileyecektir? Temel Haklar Şartı, Avrupa Birliği insan hakları yargılamasıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin insan hakları yargılaması arasındaki çatışmayı çözmeye yetebilecek midir ve Temel Haklar Şartının bağlayıcı olmamasına ilişkin, geleceğini nasıl etkileyecektir?

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Son konuşmacımız Sultan Hanımın da sunuşunu aldık.

Efendim, bir 15 dakikalık gecikmemiz var, sorular için zamanımız kalmadı; ama salondan bir el kalkıyor, çok kısa olarak rica edeceğim.

Buyurun Rıza bey.

### **Rıza Türmen**

---

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı**

Avrupa Temel Haklar Şartı, bu aşamada bir deklaratory nitelik taşıyor; fakat ilerde bunun Avrupa Birliğinin temel belgelerine geçmesi ve Lüksembourg'daki Avrupa Mahkemesi'nin bunun denetimiyle görevlendirilmesi olasılığı epeyce baskın galiba. Tabii bir de öbür taraftan, Strasbourg'daki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi var. Bir takım tereddütler akla geliyor; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı bağlacı bir hukuk belgesi niteliğini kazanırsa, o zaman Avrupa'da iki ayrı hukuk alanı doğmayacak mı? Ben-

den önceki sayın konuşmacı, iki mahkeme arasında zaten şimdiden verilen kararlarda yer yer çelişkiler görüldüğünü söyledi.

Tabii bu İnsan Hakları Şartı, Temel Şart bağlayıcı nitelik kazandıktan sonra, Avrupa'da iki tane ayrı hukuk alanı doğduktan sonra, bu çelişkiler, bu bağdaşmazlık çok daha kendini kuvvetli bir biçimde göstermeyecek midir? Öbür yandan, iki mahkeme arasında ayrı içtihatlar, ayrı bir jürüspürüdans oluşmayacak mıdır? Bir de tabii Avrupa Birliği üye devletlerin hepsi Avrupa Konseyine, dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taraf. O zaman, mesela bir Alman ya da bir Fransız vatandaşı bir tercihle karşılaşacak; biri hakkının ihlal edildiğini iddia ediyorsa, ister Lüksembourg'daki mahkemeye gidecek, ister Strasbourg'daki mahkemeye gelecek.

Tabii bu, şu tehlikeyi beraberinde getiriyor: Strasbourg'daki mahkeme, Avrupa Birliğine üye olmayan ülkelerin vatandaşları için sadece iş görebilecek; Avrupa Birliğine üye ülkelerin vatandaşları Lüksembourg'daki mahkemeyi tercih edecekler. O zaman Avrupa'nın içinde böyle bir birinci sınıf-ikinci sınıf ayrımı ortaya çıkmayacak mı? Böyle tehlikeler tabii son derece akla gelen, konuşulan eleştiriler, tabii bütün bunları önlemek için. Bir de şu var: Öbür tarafta 50 yıllık bir jürüspürüdansa sahip bir mahkeme varken, sınanmış ve hakkında böyle olumlu yargılar verilmiş bir mahkeme varken, büyük paralar harcayarak yeni bir mahkeme kurulması ne kadar rasyonel bir davranıştır; o da işin başka bir tarafı. Tabii bütün bunların üstesinden gelmek için ortada bir formül var. O formül de, Avrupa Birliğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması. O zaman Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, otomatikman Avrupa Birliğinin de yasası haline gelecek. Burada Lüksembourg'daki Divanın bir kararı vardır, bu konuda menfi bir kararı vardır. Fakat bu mevzuatla ilgili; işte Roma Antlaşmasında izin verilmeyen filan diye, bu güçlükler tabii ki üstesinden gelinmeyecek güçlükler değildir. Pekala birtakım değişiklikler yapılarak, gerek İnsan Hakları Sözleşmesinde, gerek Avrupa Birliğinin ilgili metinlerinde bu gerçekleştirilebilir.

Bir de tabii deniliyor ki, "Efendim, bu Temel Şart, Avrupa Birliğinin temel organlarıyla Avrupa Birliğinin bireyleri arasındaki anlaşmazlıklara bakacak." O zaman ister istemez akla şu soru da geliyor: Avrupa Birliği organları, Avrupa Birliği vatandaşlarına işkence mi yapacaktır, onların ifade öz-

gürlüklerini mi sınırlayacaktır, yani böyle temel haklar da orada olduğuna göre, böyle şeyler mi olacaktı ki temel haklar bu Temel Şartta ifade edilmiştir? Tabii bu sorular da var. Fakat bu formül hakkında, yani Avrupa Birliğinin İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olması formülü hakkında Sayın Rossetto'nun ne düşündüğünü merak ediyorum doğrusu.

Çok teşekkür ederim.

### Oturum Başkanı

---

Biz de teşekkür ederiz.

Sayın Rossetto; çok kısa olarak...

### *Prof. Dr. Jean Rosetto*

---

#### *Fransızca Cevap*

*Oui, je vais répondre cette question rapidement, cette question qui est intéressante parce qu'elle met en cause la concurrence de deux juridictions très importante en Europe, d'un côté la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg, et de l'autre côté la Cour de Justice de la Communauté Européenne. Et cette difficulté est fondamentale lorsque j'ai été membre d'un comité d'experts qui a réfléchi à la rédaction d'une charte des droits fondamentaux. C'est l'un premiers problèmes que nous nous sommes posés, comment faire en sorte de concilier la jurisprudence qui existe depuis très longtemps du côté de Strasbourg, et la jurisprudence qui va naître bien sûre de l'application d'une charte des droits fondamentaux si un tel texte devait être finalement accepté.*

*Alors, pour aller vite, mais ce sera une discussion très très longue; et j'indique simplement que la charte des droits fondamentaux en son article 52 se préoccupe de ce problème à l'initiative notamment des britanniques, et il est indiqué l'article 52 que s'agissant de la manière dont est interprétée la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la jurisprudence telle*

*qu'elle est fixée par la Cour de Strasbourg sur cette Convention. Il ne pouvait pas y avoir d'autres interprétations fournies par la Cour de Luxembourg. Autrement dit le sens et la portée des textes doivent être respectés par la Cour de Luxembourg lorsqu'il aura à appliquer la charte des droits fondamentaux. C'est en quelque sorte l'appel en principe de cohérence jurisprudentielle. Et bien évidemment ça ne résulte pas trop loin de là parce que d'une part les textes ne seront pas exactement les mêmes; il y aura la Convention Européenne des Droits de l'Homme de 1950 qui sera appliquée par la Cour de Strasbourg, il y a la Charte Européenne qui sera appliquée par la Cour de Luxembourg. Les termes de ces deux textes ne sont pas les mêmes puisqu'il a été décidé au sein de l'Union de réécrire et non pas de recopier la Convention de 1950. Donc déjà la première difficulté met ensuite bien évidemment on sait bien que les juridictions suprêmes surtout au niveau Européen pourront toujours librement et souverainement interprétées comme on l'entend les textes qu'elles auront à appliquer. Donc la difficulté juridique n'est pas de tout encore résolue même si la Charte se préoccupait véritablement de façon très importante de ce problème de cohérence des juridictions des textes et des jurisprudences.*

## **Prof. Dr. Jean Rosetto**

### **Türkçe Açıklaması**

Evet, bu soruyu hızlıca cevaplandırmak istiyorum, ilginç bir soru çünkü bu soru Avrupa'nın en önemli iki hukuk kurumu arasındaki rekabeti ortaya koyuyor, bir tarafta Strazbourg Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir tarafta ise Avrupa Birliği Adalet Divanı. Temel Haklar Şartı kaleme alan Uzman Komitesinin üyesi olduğum zamanda bu esasa ilişkin sorun düşünülmüştü. Burada kendimize sormuş olduğumuz ilk soru, böyle bir metnin kabulü halinde Temel Haklar Şartı'nın uygulanmasından doğacak içtihat ile Strazbourg tarafında uzun zamandan beri mevcut olan içtihadı nasıl bağdaştırabileceğimizi.

Evet çabucak anlatayım fakat bu çok uzun bir tartışma olacak; belirtmek isterim ki İngilizlerin inisiyatifinde olarak, Temel Haklar Şartı'nın 52.maddesi bu soruna değinmişti. Temel Haklar Şartı'nın 52.maddesi Av-

rupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Strazbourg Mahkemesi tarafından belirtilen içtihadı yorumlamıştır. Luxembourg Mahkemesi bu konuda başka bir yorum yapmıştır. Yani Temel Haklar Şartı uygulandığı zaman Luxembourg Mahkemesi metnin anlamına ve etkisine bağlı kalmalıdır. Bu şekilde içtihatlı tutarlılık prensibine bağlılık söz konusudur ve tabii ki böyle bir içtihatlı tutarlılık olması zor çünkü metinler aynı değil. Bir yanda Strazbourg Mahkemesi'nin uyguladığı 1950 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olacak, diğer yanda da Luxembourg Mahkemesi'nin uyguladığı Avrupa Şartı olacak. Bu iki metnin kullandığı terimler aynı değil çünkü Avrupa Birliği çerçevesinde 1950 tarihli sözleşmenin aynen yazılmasına değil de tekrar yazılmasına karar verildi. Öyle ise burada bir sorunla karşı karşıyayız, aynı zamanda da biliyoruz ki üst mahkemeler, özellikle de Avrupa seviyesinde uygulamaları gereken metinleri istedikleri gibi her zaman serbest ve bağımsız olarak yorumlayabilirler. Metin ve içtihatlardaki bu hukuki tutarlılık sorunu çok ciddi bir şekilde ele almış olsalar da bu hukuki sorunu henüz tam olarak çözümlenememiştir.

### **Oturum Başkanı**

---

Teşekkürler Sayın Rossetto.

Değerli dinleyiciler; biraz gecikerek de olsa sabahki Oturumumuzu tamamladık. Hepinize teşekkür ediyoruz, saygılarımızı sunuyoruz.



## AÇIK OTURUM

**"TEMEL HAK ve ÖZGÜRLÜKLER  
(KAPSAM, SINIRLAMA VE KÖTÜYE KULLANILMASI)**



### Oturum Başkanı:

**Mahir Can Ilıcak** (Anayasa Mahkemesi Üyesi)

### Konuşmacılar

**Av. Güney Dinç** (İzmir Barosu)

**Prof. Dr. Michel Louis Martin** (Toulouse Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

**Prof. Dr. Sait Güran** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Dr. Rıza Türmen** (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı)

## Sunucu

---

Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Anayasa Hukuku Kurultayının ikinci gününün öğleden sonraki toplantısına hoş geldiniz.

Bu bölümde bir açık oturumumuz var. Açık oturumumuzun konusu, temel hak ve özgürlükler. Açık oturumumuzu yönetmek üzere, Ankara Barosu'nun önceki dönem başkanlarından ve iki dönem Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu Üyesi olan, şu anda da Anayasa Mahkemesi Üyesi olan değerli hukukçu, saygıdeğer ağabeyimiz Sayın Mahir Can Ilıcak'ı kürsüye davet ediyorum.

Buyurun efendim.

## Mahir Can Ilıcak

---

Anayasa Mahkemesi Üyesi

Yüksek yargı organlarının sayın başkanları ve üyeleri, sayın konuklar, değerli hukukçular, Türkiye Barolar Birliğinin ve baroların sayın başkanları, sevgili avukat arkadaşlarım; sizleri saygıyla selamlıyor ve "açık oturuma hoş geldiniz" diyorum.

Başarılı bir organizasyonla Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayını gerçekleştiren Türkiye Barolar Birliğini yürekten kutluyorum.

Demim değerli arkadaşımın da ifade ettiği gibi, açık oturumun konusu, temel hak ve özgürlükler. Açık oturuma katılan çok değerli konuşmacıları, programdaki sıraya göre sizlere tanıtıyorum:

Sayın Av. Güney Dinç; İzmir Barosu önceki başkanlarından. Sayın Prof. Dr. Michel Louis Martin; Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü Müdürü. Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam; Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi. Sayın Prof. Dr. Sait Gü-

ran; İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Sayın Dr. Rıza Türmen; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı ve Büyükelçi.

Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı Prof. Dr. Eralp Özgen, Kurultayı açış konuşmasında temel hak ve özgürlükleri öne çıkaran çağdaş bir anayasa taslağı hazırlamak üzere öğretim üyelerinden ve avukatlardan oluşan bir komisyon oluşturduklarını söyledi. Bugün bence en azından çağdaş bir anayasaya duyulan ihtiyacı gündeme getirmesi bakımından önemlidir. Sonra da dilerim, temel hak ve özgürlüklerin en geniş biçimde yer aldığı, sınırlamaların istisnai olduğu, temel hak ve özgürlüklerin bulunduğu çağdaş, yeni bir anayasanın gerçekleşmesine katkı sağlar.

Sayın konuşmacılar, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı sınırlandırılması ve kötüye kullanılmasını değişik yönlerden değerlendirecekler.

Bu arada şunu da arz edeyim: 3,5 saatlik bir süremiz var. Sayın konuşmacılara, konuşmalarını yapmak için ilk turda 25'er dakikalık bir süre tanıyoruz. Daha sonra ikinci turda eksik kalan konular tamamlandıktan sonra katkıda bulunmak isteyen değerli hukukçulara da söz vereceğim. Ayrıca sayın konuşmacılara konuşmalarıyla ilgili olarak soru yöneltmek isteyen konuklardan sorularını da yazılı olarak alacağım.

Biz, aslında ilk sözü konuk konuşmacı Sayın Martin'e vermek istiyorduk; ama teşrif etmediler. Ben, programdaki sıraya göre konuşmacılara söz vereceğim.

Oturumun ilk konuşmacısı Sayın Güney Dinç'in kısa özgeçmişini arz ediyorum: Sayın Güney Dinç, 1936 yılında İzmir'de doğdu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. 1961 yılından bu yana İzmir'de serbest avukat olarak çalışmaktadır.

Buyurun Sayın Dinç.

Güney Dinç

İzmir Barosu

## **ANLATIM VE ÖRGÜTLEME ÖZGÜRLÜĞÜ ALANINDA AVRUPA İNSAN HAKLARI YARGISI VE TÜRKİYE**

### **I- GİRİŞ:**

Temel hak ve özgürlüklerin kapsamı, sınırlandırılması ve kötüye kullanılmaları durumunda toplumsal korumanın gereği olarak alınacak önlemler, ulusal ve uluslararası hukukların başlıca uğraş alanları arasındadır.

Bu çok geniş konuyu olabildiğince daraltarak, ülkemiz açısından önem taşıyan somut ve güncel örneklerle açıklamaya çalışacağım.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü"nü düzenleyen 9.maddesi, "düşünceyi açıklama özgürlüğü"nü kapsayan 10.maddesi, "örgütlenme özgürlüğü"nü ele alan 11.maddesi, sunuşunun temel dayanaklarını oluşturmaktadır.

Konuyu somut örneklerle tartışabilmek amacıyla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'deki parti kapatma davaları ile düşünceyi açıklama özgürlüğüne ve özellikle TCK'nun 312.maddesine ilişkin değerlendirmeleri üzerinde duracağım.

Konumuz, siyasal partilerin kapatılmasında ve TCK'nun 312.maddesinde odaklanınca, uzunca bir süredir Türkiye'nin gündemine yerleşen sıcak tartışmaların içine düşmemiz ve farklı tepkiler almamız kaçınılmaz olacaktır. Ancak çok yönlü politik eğilimlerin ve günlük basının uçarı yaklaşımlarının ötesinde, bu alandaki en kalıcı ve demokratik çözümleri hukukcuların üretebileceği inancındayım.

Tartışmaların üzerine gitmek, görüşlerimizi açıklıkla sergilemek, olası eleştirilere özveriyle katlanmak zorundayız.

## II – AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN AÇILIMI:

### A- HUKUKSAL DAYANAK:

AİHS, temel hak ve özgürlüklerin başlangıcı ve kurucu belgesi değildir. Öncelikle Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin ulusal kazanımlarının, daha genel anlamda evrensel hukukun geleceğe dönük bir bileşkesidir. Ulusal ve uluslararası yargı kararlarıyla gelişmektedir.

Sözleşme'nin 9,10 ve 11.maddeleri konuları ve aralarındaki yakın bağlan-tılar nedeniyle, genellikle birlikte ele alınıp değerlendirilmektedirler.

Dili oldukça eskimiş bulunmasına ve önemli çeviri yanlışları içermesine karşın, yürürlükteki hukuka bağlı kalmak amacıyla anılan maddeleri 1954 yılında 6366 sayılı yasa ile benimsenen biçimiyle aşağıya aktarıyo-rum :

#### Madde 9 :

- 1- Her şahıs, düşünme, vicdan ve din hürriyetine sahiptir. Bu hak, din ve-ya kanaat değiştirme hürriyetini ve alenen veya hususi tarzda ibadet ve ayin veya öğretimini yapmak suretiyle tek başına veya toplu olarak dinini veya kanaatini izhar eylemek hürriyetini tazammun eder.
- 2- Din veya kanaatleri izhar etmek hürriyeti demokratik bir cemiyette an-cak amme güvenliğinin, amme nizamının, genel sağlığın veya umumî ahlâkın, yahut başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için za-ruri olan tedbirlerle ve kanunla tahdit edilebilir.

#### Madde 10 :

- 1- Her fert ifade ve izhar hakkına maliktir. Bu hak içtihat hürriyetini ve resmi makamların müdahalesi ve memleket sınırları mevzuu bahis ol-maksızın, haber veya fikir almak veya vermek serbestisini ihtiva eder. Bu madde, devletlerin radyo, sinema veya televizyon işletmelerini mü-saade rejimine tabi kılmalarına mani değildir.
- 2- Kullanılması vazife ve mesuliyeti tazammun eden hürriyetler, demok-ratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak, milli güvenli-

ğın, toprak bütünlüğünün veya amme emniyetinin, nîzâmı muhafazanın, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli haberlerin ifşâsına mâni olunması veya adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması için ancak kanunla, muayyen merasime, şartlara, tahditlere veya müeyyidelere tabi tutulabilir.

### Madde 11 :

- 1- Her şahıs asayişî ihlal etmeyen toplantılara katılmak ve başkalarıyla birlikte sendikalar tesis etmek ve kendi menfaatlerini korumak üzere sendikalara girmek hakkı dahil olmak üzere dernek kurmak hakkına haizdir.
- 2- Bu hakların kullanılması, demokratik bir toplulukta, zaruri tedbirler mahiyetinde olarak milli güvenliğin, amme emniyetinin, nizamı muhafazasının, suçun önlenmesinin, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için ve ancak kanunla tahdide tabi tutulabilir. Bu madde, bu hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, zabıta mensupları ve devletin idare mekanizmasında görevli olanlar hakkında muhik tahditler konmasına mani değildir.”

### B – SINIRSIZ ÖZGÜRLÜĞÜN BOYUTLARI :

Sözleşme'nin yalnız 9.maddesinin başlangıç tümcesinde, sınırsız ve mutlak bir özgürlükten söz edilmemektedir. Buna göre, “Her kişi, düşünme, vicdan ve din (inanç) özgürlüğüne sahiptir.”

Dışa vurulmayan inanç ve düşünceler, içsel bir tartışmadır. Kişinin kendisiyle başbaşa kaldığı bir alana, kamu gücünün el atması söz konusu değildir.

Toplumsallık kazanmayan düşünce ve inançları korumanın bir anlamı olmadığı söylenebilir. Bizce çok önemlidir. Bireylere, düşüncelerini, dini inançlarını ya da inançsızlıklarını açıklamama güvencesini sağlamaktadır. Kamu yararı, genel güvenlik gibi nedenlerle de olsa, düşünce ve inançlar sorgulanamaz. Kişiler, bu konulardaki görüşlerini açıklamaya zorlanamazlar.

İnsanlık, kan ve ateşle yoğrulan çok uzun uğraşlardan sonra ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında böyle bir güvenceye ulaşabilmiştir. Düşünce ve inanç dokunulmazlığını korumak, Türkiye için de büyük önem taşımaktadır.

Sözleşme'nin 9.maddesinin 2.paragrafında vurgulandığı gibi, dinsel inançların açıklanmasıyla birlikte, kamusal denetim de başlamaktadır. Devletler, "kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın, genel ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için zorunlu yasal kısıtlama ve önlemlere gidilebileceklerdir.

### C – ÖZGÜRLÜKLERİN SINIRLANDIRILMASI :

AİHS, 9.maddede olduğu gibi, 10.maddede de düşünceyi açıklama özgürlüğüne, 11.maddede örgütlenme özgürlüğüne bazı yöntem ve koşullarla, sınırlandırmalar getirebileceğini benimsemektedir. Kısıtlamaların hukuka uygunluğunu denetleme yetkisi, AİHM'nin görev alanına girmektedir. Mahkeme, başvuruları incelerken, aşağıda özetleyeceğimiz ölçütleri gözetmektedir :

a) Toplumsal müdahale, yasalardan kaynaklanmalıdır. Ulusal hukukun öngörmediği engellemeler, Sözleşme'ye de aykırı bulunmaktadır.

b) Yasalarla getirilen kısıtlamalar, genel yararlaraya yönelik olmalıdır. Böylece keyfilikğin önlenmesi amaçlanmıştır. Temel hak ve özgürlükler, bu haklardan yararlananlara da, bazı görevler ve sorumluluklar yüklemektedir. Her olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gereken kamusal korunmanın başlıca dayanakları şunlar olmaktadır :

- Ulusal güvenlik,
- Ülkenin toprak bütünlüğü,
- Kamu güvenliği,
- Kamu düzeninin korunması,
- Suçların önlenmesi,
- Sağlık önlemleri,
- Başkalarının kişiliklerinin ve haklarının korunması,
- Haberleşmenin gizliliğinin sağlanması,
- Yargının üstünlüğünün ve yansızlığının korunması,

- Radyo, sinema, TV yayın işletmelerinin izne bağlanması,
- Etik değerlerin korunması,

Yukarıdaki dizgelerin de ortaya koyduğu gibi, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması için Sözleşme'nin kamusal denetime açık bıraktığı alanlar, oldukça geniş yorumlara elverişle sözcüklerle anlatılmıştır. Ulusal yasalarda yer alabilecek bu tür belirsiz kavramlar, çoğu zaman özgürlükleri etkisiz bırakan, hakları kullanamaz duruma düşüren uygulamalara kaynaklık edebilmektedir.

Sözleşme, kamu yararının korunması görüntüsü altında temel hak ve özgürlüklerin yok edilmemesi için, belirleyici iki ölçüt getirmiştir.

Bunlardan birincisi, öngörülen kısıtlamaların, “demokratik bir toplumun gerektirdiği” sınırların dışına taşmamasıdır. Hakların kötüye kullanılması amacına da yönelik olsa, demokratik bir toplumun özümseyemeyeceği boyutlardaki müdahaleler, Sözleşme'ye de aykırı düşmektedir. Toplumsal korunma, demokratik yöntemlerle sağlanmalıdır.

İkinci ölçüt, Sözleşme'nin 17.maddesinde tanımlanmıştır :

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, bir devlete, topluluğa ve ferde işbu Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya mezkur Sözleşme'de derpiş edildiğinden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya mâtuf herhangi bir hak sağladığı şekilde tefsir edilemez.”

Böylece, “orantılılık” kuralıyla birlikte, kısıtlamaların “istisna” olduğu ilkesi vurgulanmıştır.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik kamusal müdahaleler, izlenen toplumsal yararların gerektirdiği boyutlarda tutulacak ve bu amaçları aşan uygulamalara kaynaklık etmeyecektir.

Sözleşme'nin 17.maddesi, temel hak ve özgürlüklerin, devletlerle birlikte, bireylerce de kötüye kullanılmayacağı gerçeğini yinelemektedir.

c) AIHM, gündemindeki uyuşmazlıkları, yukarıda özetlediğimiz ilkeler çerçevesinde çözmektedir. Sözleşme'nin koruduğu haklar temel alınmakta, kısıtlamalar istisna olarak değerlendirilmektedir.



Mahkeme'nin üzerinde durduğu bir diğer konu da, devletlerin, hak ve özgürlükler konusunda yansız ve edilgen kalmakla, yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılamayacakları gerçeğidir. Sözleşme kapsamındaki hakların önündeki engelleri kaldırmak, uygulanmalarına yol açacak hukuksal yapıyı oluşturmak, devletlerin görevidir.

### III- AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN TÜRKİYE'YE YÖNELİK DEĞERLENDİRMELERİ :

#### A- SİYASAL PARTİLERİN KAPATILMASI :

Türkiye'den, siyasal partilerin kapatılması konusunda AIHM'ne gönderilen ilk dava,

Türkiye Birleşik Komünist Partisi tüzel kişiliği ile, parti kurucuları Nihat Sargin ve Nabi Yağcı'nın birlikte yaptıkları başvuru oldu.

a) Olay :

Bilindiği gibi TBKP 4 Haziran 1990 günü kuruluş dilekçesini vermiş ve on gün sonra, 14 Haziran 1990'da Yargıtay Başsavcısı Parti'nin kapatılması istemiyle Anayasa Mahkemesi'nde dava açmıştı.

Başsavcılık İddianamesi'nde, TBKP'nin :

- Bir sosyal sınıfın, diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenlik kurmasını amaçlaması,
- Adında "komünist" sözcüğünün geçmesi,
- Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmaya yönelmesi,
- Daha önce Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan Türkiye İşçi Partisi'nin bir devamı olduğunu açıklaması, nedenleriyle, temelli kapatılması talep ediliyordu.

b) Anayasa Mahkemesi Kararı :

Anayasa Mahkemesi 16 Temmuz 1991 günlü kararında kapatma nedenlerinden ikisini yerinde bulmadı :

"...Davah Parti'nin çoğulcu, katılımcı, çok partili ve halk oyuna dayanan

demokratik siyasal kurumları benimsediği...” saptandığından, tüzüğünde herhangi bir diktatörlüğün savunulmadığı vurgulandı.

“...Marksist hareketin farklı örgütlenmelerine, siyasal kültürüne ve bunların kültürel mirasına sahip çıkılması, kapatılan bir siyasal partinin devamı olmak değil, marksist örgütlenmenin birikim ve deneyiminden yararlanıp yeni bir parti oluşturmak...” olarak algılandı.

Böylece sınıf egemenliği ve kapatılan bir partinin devamı olmak nedenlerine dayandırılan istemler reddedildi.

Ancak, Parti adına “Komünist” sözcüğünün geçmesi nedeniyle, 2820 sayılı Yasa’nın 96.maddesine aykırılık, açıktır... sınıf egemenliği ya da diktatörlük amaçlanmasa da, bir parti 96.maddenin sonuncu fıkrası gereği “komünist” adını alamaz ya da bu sözcüğü adında kullanamaz.

Bölücülük suçlamasıyla ilgili olarak da, Anayasa Mahkemesi’nin kararında aşağıdaki değerlendirmeler yapıldı :

“...Programda yer alan ‘kültürel yenilenme, Türk ve Kürt ulusal kültürel değerleri, Anadolu uygarlıklarının mirası, İslam Kültürünün insancıl öğeleri, halkımızın çağdaşlaşma mücadelesinde yarattığı tüm değerlerin evrensel, çağdaş kültür ve etkileşimi ile gerçekleşecektir.’ biçimindeki anlamlarla 2820 Sayılı Yasa’nın 81.maddesinin (b) bendine aykırı davranılmakta, Türk dili ve kültüründen başka dil ve kültürleri korumak yaymak yoluyla azınlık yaratılarak millet bütünlüğünün bozulması amaçlanmaktadır. Bölgelerin ulusal kimliği olamaz. Anayasa, özerklik ve özyönetim yöntemlerine – biçimlerine kapalıdır.

Kimi siyasal nedenlerle dış etkenlerden kaynaklanan, kimi varsayım, yorum ve bahanelere dayanan, insan hakları ve özgürlük savlarıyla yoğunlaştırılan sakıncalı amaçlara geçerlik tanınmaz. Devlet, (TEK)tir, ülke (TÜM)dür, ulus (BİR)dir. Ulusal birlik, devleti kuran, ulusu oluşturan toplulukların ya da bireylerin etnik kökeni ne olursa olsun, yurttaşlık kurumu içinde ayrımsız birliktelikleriyle gerçekleşir. Anayasa’da ve yasalarda yurttaşlar arasında ayrımı öngören hiçbir kural bulunmadığı gibi, kim-  
senin soy kökeninin yadsınması ya da kabul edilebilecek yeni bir savı da

yoktur... Ulusal ve tekil devlet, etnik ayrılıklarla tartışılmaz. Herkesin, her zaman karşılaşılabileceği ve giderek hukuk devletinde karşılığı istenebilecek aykırılık, çelişki, haksızlık ve yanlışlıklar, insan hakları alanında sömürü nedeni yapılarak, gerçekler saptırılıp çarpıtılarak, üstü kapalı biçimde, ayrı ulus yoluyla ayrı devlet amaçlanamaz. Tartışılmaz kavram ve değerlerle, ödün verilmesi olanaksız ilke ve niteliklerin kaynağı Türkiye Cumhuriyeti'dir. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu yeni bir Avrupa İçin Paris Şartı, ırkçılığı, etnik düşmanlığı ve terörizmi kınamış ve "Güvenlik" ve "Ek I" bölümlerinde de açık olarak ülke bütünlüğü ve demokratik düzeni yıkmayı amaçlayan hareketlerle giren kişi, grup ve örgütlere karşı koruma ve kollama sorumluluğunun milletlerarası bir çağrı olarak kabul etmiştir. Yasa, kürt kimliği, kürt adı yoluyla kürtçülük ve bölücülük yapılmasına olur vermemektedir."

Anayasa Mahkemesi, sonuç olarak Anayasa'nın 3, 14, 68 ve Siyasi Partiler Kanunu'nun 78, 81 ve 101.maddelerine dayanarak TBKP'nin temelli kapatılmasına karar verildi.

c) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Değerlendirmeleri :

AİHM'nin 868 sayılı, 30.01.1998 günlü TBKP, SARGIN, YAGCI-TÜRKİYE kararının Sayın Yrd.Doç.Dr.Osman Doğru ve Sayın Yrd.Doç.Dr.Sibel İnceoğlu tarafından gerçekleştirilip İstanbul Barosu'nca yayımlanan Türkçe çevirisi çalışmamızın (1) numaralı eki olarak sunulmaktadır.

Kararda, tarafların savları, ulusal hukuktaki dayanakları, Anayasa Mahkemesi'nin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun görüşleri ayrıntılı bir biçimde özetlendiğinden, özellikle Mahkeme'nin konuya ilişkin ilkesel yorumları üzerinde durmakla yetineceğim :

1) Sözleşme'nin 11.maddesinin siyasal partilere uygulanması.

Mahkeme, tarafların sunuşlarına göre, siyasal partilerin kapatılmasından doğan uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 11.maddesinin kapsamına girip girmediğini öncelikle tartışırken, Türkiye'de yeterince kavranmadığını gördüğümüz bazı ölçütler üzerinde durmuştur.

Mahkeme'ye göre :

“Siyasal partiler, demokrasinin tam olarak işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden birisidir. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında, siyasal partilerin 11.maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulamaz...Diğer yandan Mahkeme’ce, siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal organlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflatığı ve konulan sınırları aştığı kabul edildiği için Sözleşme’nin sağladığı korumanın dışında tutulacağı düşünülemez. Mahkeme’nin önceki kararlarında belirttiği gibi, kural olarak ulusal organlar hukuk devletine saygıyı sağlamak veya anayasal haklara etkinlik kazandırmak için gerekli olduğunu düşündükleri önlemleri almakta serbesttirler. Ancak alacakları önlemleri, Sözleşme’ye göre üstlendikleri yükümlülüklerine uygun düşecek bir biçimde yerine getirmek zorundadırlar ve bu önlemler Sözleşme organlarının denetimi kapsamındadır.”

Mahkeme’nin bu konudaki değerlendirmelerinde, tüm bireyler için geçerli olan temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, siyasal partiler açısından daha bir önem ve duyarlılıkla yaklaşıldığı gözlenmektedir.

Mahkeme’nin değerlendirmelerine göre, “...Siyasi partiler söz konusu olduğu zaman, 11.maddede belirtilen istisnalar çok dar anlamda yorumlanır. Yalnızca tam inandırıcı ve zorlayıcı nedenler siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını haklı gösterebilir. Sözleşmeciler devletler, 11.maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirlerken, yalnızca sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Ulusal organların koydukları kurallar ve bu kuralların uygulanması doğrultusunda mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan özenli Avrupa denetimi, birlikte ve el ele yürütülür...Bu tür yakından denetim, bir siyasal partinin kapatılmasıyla birlikte, parti liderlerinin de gelecekte benzer siyasal etkinliklerini sürdürmekten yasaklandıkları bir davada özellikle gereklidir.”

Mahkeme, Türk hukuk sistemini değerlendirirken, örgütlenme özgürlüğünün yalnız bir siyasal partiyi kurma hakkını ilgilendirmekle sınırlı kalmadığını, kuruluşundan sonra da siyasal etkinliklerini özgürce yürütmesini güvence altına aldığını belirtmiştir.

Mahkeme’nin üzerinde durduğu bir diğer konu, Sözleşme’nin, kapsadığı

hakları, kuramsal veya sanal düzeyde değil, pratik ve etkili olarak da korumayı amaçladığı olgusudur. “Sözleşme’nin 11.maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı tutulacak olursa, bu maddede güvence altına alınan hak, büyük ölçüde teorik ve hayali kalacaktır. Çünkü ulusal makamlar, Sözleşme’ye uygun davranmaksızın, bu örgütü hemen yasaklayabilirler. Buradan çıkan sonuca göre, 11.maddenin sağladığı koruma, örgütün bütün yaşamı boyunca devam eder. Bir örgütün yetkili ulusal organlarca kapatılması, 11.maddenin ikinci fıkrasındaki şartlara uygun olmak zorundadır.”

2) Sözleşme denetimi karşısında, devletlerin egemenlik hakları ve ulusal hukukun etkinliği :

Görülüyor ki, Mahkeme, koşulları oluştuğunda ulusal organların siyasi partilerin kapatılmasına karar verebileceklerini kabul etmektedir. Bir siyasi partinin örgütlenme özgürlüğünün kapsamında taşması, etkinlikleri için konulan sınırların dışına çıkması ve özellikle demokratik toplumların temel güvencesi olan çoğulcu demokrasiyi yok etmeye yönelmesi durumunda, kapatılma yaptırımını ile karşılaşması kaçınılmaz olabilecektir.

Ancak, ulusal yargı, böyle bir sonuca varırken hangi hukuku uygulayacaktır ?

Mahkeme, AİHS’nin 1.maddesinin “Sözleşmeciler Devletleri, Sözleşme’nin Birinci Bölümü’nde tanınan hak ve özgürlükleri....herkes için güvence altına almak”la yükümlü tuttuğunu belirttikten sonra, bu haklara yönelik düzenleme ve uygulamaları nedeniyle bir ayırım yapılmaksızın “üye devletlerin egemenliklerinin herhangi bir kısmının Sözleşme’ye göre yapılacak yakından denetimin dışında bırakılmadığını...” özellikle vurgulanmaktadır.

İnceleme konusu kararda, ulusal uygulamalarda da gözetilmesi gereken, Mahkeme’nin inceleme ve değerlendirme yöntemi şöyle açıklanmaktadır :

“Demokrasi, hiç kuşkusuz , Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir.

Bu özellik, öncelikle Sözleşme’nin Başlangıcı’nda açıkça görülmektedir.. Sözleşme’nin Başlangıç kısmı, Avrupa ülkelerinin siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğunu yine-

lemektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin temel değerlerinin bu ortak mirasta bulunduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlandığını defalarca belirtmiştir.

Buna ek olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8,9,10 ve 11.maddelerin hakların kullanılmasına yönelik bir müdahaleyi, neyin 'demokratik bir toplumda gerekli olduğu' ölçütüyle değerlendirmek zorundadır. O halde bu haklardan herhangi birine yönelik müdahaleyi haklı gösterecek tek gereklilik, 'demokratik toplumdan' çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir.

"Sözleşme tarafından öngörülen ve bu nedenle Sözleşme'yle uyumlu olan tek siyasal modelin demokrasi olduğu" belirtilen kararda, başta anayasalar olmak üzere, ulusal düzenlemelerin bu ilkelerle çelişmemesi gerektiği üzerinde durulmaktadır :

"Devletlerin genellikle ve öncelikle anayasaları vasıtasıyla kullandıkları egemenlik yetkilerine bir bütün olarak saygı göstermekle birlikte, kendilerinin Sözleşmeye uygun davranmaları istenir.

Sözleşmeci devletlerin siyasal ve kurumsal organları, Sözleşme'de yer alan haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda ele alınan hükümlerin anayasa maddeleri mi, yoksa sadece yasa maddeleri mi oldukları pek bir önem taşımaz. Bu tür düzenleyici kurallar, devletlerin egemenlik yetkilerinin kullanılma aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimi altına girerler."

Öyle sanıyorum ki, AIHM'nin kararından aktardığım yukarıdaki alıntılar, herhangi bir yorum gerektirmeyecek kadar açıktır. Şimdilik, 1954 yılından beri bu ilkeleri benimseyip geliştirme yolundaki uluslararası bir örgütlenmenin içinde olduğumuzu bir kez daha belirtmekte yetiniyorum.

3) AIHM'nin, TBKP'nin kapatılma nedenlerine ilişkin değerlendirmeleri:

2820 sayılı Siyasal Partiler Yasası'nın 96 (3.) maddesi ile getirilen, siyasi partilerin adlarında "komünist" sözcüğünün yer alamayacağına ilişkin yasak, Anayasa Mahkemesi'nce TBKP'nin kapatılması için yeterli görülmüştü.

AIHM ise, "...ilgili ve yeterli diğer koşulların oluşmaması durumunda, bir

siyasal partinin seçtiği adın, kural olarak kapatma gibi ağır bir yaptırım haklı kılmadığını...” benimsemiştir.

Özellikle komünizmi suç sayan TCK'nun 141. ve 142.maddelerinin 12 Nisan 1991 günlü ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası ile yürürlükten kaldırılmasından sonra, Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararında da tek sınıf egemenliğine dayanan bir politika izlemediğini, aksine siyasal çoğulculuk, genel seçim ve katılımcı demokrasi gibi ilkeleri benimsediğini kabul ettiği bir partinin kapatılmasına karar vermesi, çelişkili bir yaklaşım olarak değerlendirilmiştir.

AİHM, “TBKP'nin kendisine ‘Komünist’ adını verirken, Türk toplumu veya Türk Devleti için gerçek tehlike oluşturabilecek bir politikayı seçtiğini gösterecek herhangi bir kanıt yokken, salt adına dayandırılan nedenlerin, tek başına Parti'nin kapatılması için gerekçe gösterilmesini kabul edilemez” bulmuştur.

Mahkeme, diğer kapatma gerekçesi olan ‘bölücülük’ suçlaması konusundaki görüşlerini aşağıdaki tümcelerle açıklamıştır :

“Mahkeme, her ne kadar TBKP programında ‘Kürt halkından’, ‘Kürt ulusundan’, ‘Kürt yurttaşlarından’ söz edilmiş ise de, Kürtlerin bir azınlık olarak tanımlanmadığını ve varlıklarının tanınması dışında Kürtler için özel ayrıcalıklar veya haklar, hele hele Türk nüfusunun bütününden ayrılma hakkı talep edilmediğini vurgular. Tam tersine, programda şu anlamlar yer almaktadır :

‘TBKP, Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı bir çözüme kavuşturulması, Türk ve Kürt halkının Türkiye Cumhuriyeti Devleti sınırları içinde gönüllü ve eşit haklılık temelinde birlikte yaşamaları ve ortak çıkarlar temelinde demokratik yeniden yapılanması için çalışacaktır.’

TBKP programında, kendi kaderini tayin hakkı konusunda ise, şiddete başvurulmasının ‘...kendi geleceğini tayin hakkının, birlikte değil, ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açacağından...’ duyduğu kaygıları belirtmekle yetinmekte, ‘...problemin çözümünün politik olduğunu’ ve ‘Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması

için Kürt ve Türklerin birlikteliğine gereksinim bulunduğunu' eklemektedir.”

“Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı bile olsa diyalog yoluyla çözüme yolunu açması olduğunu kabul etmektedir. Demokrasi, anlatım özgürlüğü ile gelişir. Konuya bu açıdan bakılınca, siyasi bir gruba, sırf devlet nüfusunun bir bölümünün koşullarını açık biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almak istediği için engel olunması hakkı görülemez.”

Mahkeme, siyasal partilerin başlangıçta açığa vurmadıkları hukuk dışı gizli amaçları da olabileceğini kabul etmekle birlikte, kuruluşundan on gün sonra kapatılması için dava açılan TBKP'nin herhangi bir çalışması bulunmadığını ve salt anlatım özgürlüğünden yararlanmak istediği için varlığına son verildiğini gözönünde bulundurmıştır.

Mahkeme, “görülen davanın ardağını ve özellikle terörle mücadelenin yarattığı güçlükleri dikkate almaya hazır olduğunu” belirtmekle birlikte, Türkiye'de terörün yol açtığı sorunlar nedeniyle TBKP'nin sorumluluk taşıdığı sonucunu doğuracak bir kanıt bulunmaması...” nedeniyle, Sözleşme'nin 17.maddesini uygulamaya da gerek görmemiştir.

AİHM, yukarıda özetlenen gerekçelerle, TBKP'nin henüz çalışmalarına başlamadan, hemen ve temelli olarak kapatılmasının, parti kurucularına getirilen siyasal yasakların meşru amaçlarla orantısız ve çok aşırı önlemler olmaları nedeniyle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaşmadığına ve Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

## **B – TÜRK CEZA YASASI'NIN 312.MADDESİNE DAYANDIRILAN MAHKUMİYET KARARINA İLİŞKİN AİHM'NİN GÖRÜŞLERİ:**

AİHM'nin İNCAL/TÜRKİYE davası sonucunda verdiği 933 sıra numaralı ve 9.6.1998 günlü kararı, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin yapılanmasından askeri yargıçların çıkarılmasını sağlayan Anayasa ve yasa değişikliklerine neden olduğu için hukukçularımız ve kamuoyunca yakından bi-



linmektedir. Bu davanın önemli bir yanı da, ulusal yargının TCK'nun 312.maddesine göre verdiği mahkumiyet kararının ilk kez AİHM'nce Sözleşme'nin 10.maddesine aykırı bulunmuş olmasıydı. Sözü edilen kararın gerekçesi, düşünceyi açıklama özgürlüğünün kapsamı, sınırlandırılması ve hangi koşullarda kötüye kullanıldığının benimsenebileceği konularında üzerinde durulması gereken ölçütler vermektedir.

a) Olay :

Halkın Emek Partisi İzmir İl Örgütü'nün 01.07.1992 günü yayınlamayı kararlaştırdığı, "Yurtsever – Demokrat Kamuoyuna" başlıklı bildiri, yasal gerek olmamasına karşın izin için Savcılık ve Valilik'e bildirilmiş, onbin nüsha bastırılmış ve henüz dağıtım yapılmadan tümüne güvenlik görevlilerince el konmuştur. Ardından, bildiri kararı altında imzaları bulunan Yönetim Kurulu üyeleri hakkında, TCK 312.maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açıldı.

İzmir Devlet Güvenlik Mahkemesi, İzmir Büyükşehir Belediyesi'nin karar ve uygulamalarını eleştiren bildirideki, "...metropollerin Kürtlerden arındırılması siyasetinin uygulanması cümlesinden alarak İzmir'de sistemli bir şekilde Kürt halkının seyyar satıcı olduğu, mesleklerini icradan men edildiği, göçe zorlandığı, Kürtleri yılgınlığa düşürmek istedikleri belirtilmiş olup, ...ülkede Kürt halkına karşı sürdürülen özel savaşın bir parçasıdır... Ülkede kontrgerilla, özel tim, köy koruculuğu, SS kararnamesi, her türlü devlet terörüyle bastırılmak, susturulmak istenirken İzmir'de elinden ekmeği aşı alınmakta, evi başına yıkılarak bu amaç gerçekleştirilmek istenmektedir.." sözcüklerini "...içerik itibariyle halkı ırk mülahazası ile kin ve düşmanlığa açıkça tahrik edici nitelikte" bularak, sanıkları TCK 312.maddesinin 2.bendine göre mahkum etti. Karar Yargıtay'ca da onanarak kesinleşti.

Konu, mahkum edilen Yönetim Kurulu üyelerinden Av.İbrahim İncal tarafından, AİHK'na gönderildi.

b) Avrupa İnsan Hakları Mankemesi'nin Değerlendirmeleri :

AİHM'nin 933 sayılı, 9.6.1988 günlü İNCAL/TÜRKİYE kararının Sayın Yrd.Doç.Dr.Sibel İnceoğlu ve Hak.Üsteğm.İsmail Pamuk tarafından ger-

çekleştirilip İstanbul Barosu'nca yayınlanan Türkçe çevirisi, çalışmamızın (2) numaralı eki olarak sunulmaktadır.

AİHM, Sözleşme'nin 10.maddesi kapsamında değerlendirdiği uyuşmazlıkta, öncelikle yakınmacının düşünceyi açıklama özgürlüğüne bir müdahalenin varlığını, mahkumiyet kararının yasal dayanağının bulunması nedeniyle müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu ve yerel organlarının "kamu düzenini" korumayı amaçlamaları nedeniyle de, müdahalenin "meşru amaca" yönelik olduğunu benimsemiştir.

Mahkeme, bu aşamadan sonra konuyu, "demokratik bir toplumun gerekleri" açısından tartışmıştır.

AİHM'nin düşünceyi açıklama özgürlüğüne ilişkin davalarında çok sık yinelenen, ender olmakla birlikte zaman zaman Türk Mahkemeleri'nin kararlarında da görülebilen geleneksel gerekçesi, İNCAL davası kararında aşağıdaki tümcelerle açıklanmıştır :

"...Mahkeme'nin sık sık söylediği gibi, 10.maddede yer alan ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturur; demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşuludur. İfade özgürlüğü, 10.maddenin ikinci fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenelemeye değmez görülen "haber" ve "düşünceler"e değil, aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden "haber" ve "düşünceler"e de uygulanır; bunlar, "demokratik toplumun" olmazsa olmaz unsurları olan çoğulculuk hoşgörüsü ve açık fikirliliğinin gerekleridir.

İfade özgürlüğü, herkes için önemli olmakla birlikte, siyasi partiler ve onların aktif üyeleri için özellikle önemlidir. Siyasi partiler seçmenlerini temsil ederler, onların sorunlarına dikkat çekerler ve onların menfaatlerini savunurlar. Bu nedenle, başvuru gibi bir muhalefet partisi üyesi siyasetçinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi, Mahkeme'nin konu üzerinde çok dikkatli bir inceleme yapmasını gerektirmektedir."

Mahkeme kendi ölçütlerini belirlerken, TBKP davasında olduğu gibi, anlatım özgürlüğünün, "...özellikle siyasal partiler ve onların sözcüleri açısından..." önemi üzerinde durmuştur. Bununla da yetinmeyerek, başvuru-

cunun "...bir muhalefet partisi üyesi olmasının..." daha özenli bir incelemeyi gerektirdiğini vurgulamıştır.

Mahkeme, kendisini ulusal yargının yerine koymamıştır. Ancak, Sözleşme'nin 10.maddesine dayanan denetimini gerçekleştirirken, bildiri içeriğini de değerlendirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. "Bildiri'de Türk Hükümeti'nin politikaları hakkında bazı çok sert ifadeler yer almakta, Hükümet'i bu durumdan sorumlu tutan ciddi suçlamalarda bulunmaktadır. Bildiri'de 'tüm demokratik yurtseverlere' çağrı yapılarak, yetkili organların işlemleri 'terör' eylemi ve 'ülkede', 'Kürt halkına' karşı yürütülen 'özel savaşın' parçası olarak tanımlanmaktadır. Bildiri, halkı, özellikle 'mahalle komisyonları' eliyle, bu uygulamalara 'karşı çıkmaya' çağırmaktadır."

Mahkeme, bildiriye yerel uygulamaların eleştirileriyle sınırlı bulmamıştır. "Böyle bir metnin, açıklananlardan farklı amaçlara ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceğini," hatta, "Kürt kökenli nüfusu, bazı siyasi talepleri seslendirmek için bir araya gelmeye teşvik edici istekler içerdiğini" gözlemiştir.

Tüm bu saptamalara karşın, Mahkeme'ye göre, "Eleştirinizin izin verilebilir sınırları, hükümet için, sade bir vatandaşa, hatta bir politikacıya tanınan sınırlardan çok daha geniştir. Demokratik bir yapılanma, Hükümet'in eylem ve ihmalleri yalnız yasama ve yargı organlarının değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmak zorundadır. Ayrıca hükümetin üstün konumu, karşıtlarının haksız saldırı ve eleştirilerini karşılamak için kullanabileceği başka araçlar varken, ceza davasının sınırlı koşullarda başvurmamasını gerektirir."

Mahkeme, davanın ülkedeki terörle bağlantısını araştırmaya hazır olduğunu belirtmekle birlikte, sunulan kanıtların, "...İncal'ın Türkiye'deki ve özellikle İzmir'deki terör olaylarından herhangi bir biçimde sorumlu kılınması sonucunu haklı gösterecek hiçbir neden..." bulunmadığı görüşüne varmıştır.

Mahkeme, İncal'ın mahkumiyetinin, mahkumiyet kararı sonucunda getirilen siyasal ve toplumsal yasakların "...güdülen meşru amaçla orantısız ve bu nedenle demokratik bir toplumun gerekleriyle bağdaştırılamaz." ni-

birlikte oldukları gerekçesiyle, Sözleşme'nin 10.maddesinin ihlal edildiğine  
oybirliği ile karar vermiştir.

#### IV- SON GÖZLEMLER :

##### A – AIHM KARARLARININ YOL GÖSTERİCİ NİTELİĞİ:

AIHM, TBKP davası kararının ardından, Anayasa Mahkemesi'nce kapatılan dört siyasal partiyle ilgili kararlarında, Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlal edildiği görüşüne varmıştır. Henüz sonuçlanmayan davalar da bulunmaktadır.

INCAL/TÜRKİYE kararını izleyen benzer konulu bir çok davada, ulusal yargının değerlendirmeleri, Sözleşme'nin 10.maddesine aykırı bulunmuştur.

Gerek siyasal partilerin kapatılmasında, gerekse düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilen sınırlamalarda, AIHM'nin değerlendirmeleri, yukarıda örnek olarak özetlediğimiz ilk iki davaya koşut düşen gerçeklerle açıklanmaktadır.

AIHM'nin, bir temyiz mahkemesi gibi ulusal yargı kararlarını bozma ya da değiştirme yetkisi bulunmuyor. Uluslararası yargının başlıca görevi, iç hukuk uygulamalarını AIHS karşısında değerlendirmek ve eğer varsa Sözleşme'ye aykırılıkları saptamakla sınırlı kalıyor. Bu şekilde verilen kararlar, üye devletlerin iç hukuklarını başlıca üç temelde etkiliyor :

- a) Yakınılan olay Sözleşme'yle birlikte ulusal yasalara aykırı bulunursa, ilgili devlet, yasalarını değiştirmek zorunda kalmaksızın iç hukuk uygulamalarını düzeltiyor.
- b) Sorun, ulusal yasaların Sözleşme'ye aykırılığından kaynaklanıyorsa, böyle durumlarda yasaların yenilenerek Sözleşme'ye uyarlanması gerekiyor.
- c) Her iki koşulda da, AIHM bu doğrultuda bir karar almışsa, zarar gören kişi veya kuruma, tazminat ve yargılama giderleri ödeniyor.

Bu çok yalın işleyiş, Türkiye'de yeterince anlaşılammıştır. Daha doğru bir anlatımla, anlaşılması istenmemektedir. Bir dava sonuçlanınca, görsel

ve yazılı basın, olayı “Türkiye tazminata mahkum oldu” başlığıyla duyurmaktadır. Kimi politikacılar, hatta konunun uzmanı bazı bilimadamları bile, “öde, kurtul” anlayışı içinde, karşılaştırılan tazminatın ilgisine ödenmesiyle, uluslararası yargı kararının uygulanmış olacağı, böylece dosyanın kapanacağı yolunda demeçler vermektedirler. Hükümetler de, tazminat ve yargılama giderlerini ödemekle yetinmekte, uyuşmazlığın temelindeki yanlışları düzeltmek için etkili çözümlere yönelmektedirler.

Oysa yeryüzünün her köşesinde, insan haklarının korunup geliştirilmesi, ulusal kurumların çabalarıyla sağlanıyor. AİHS'nin yapılması da bu temele dayanıyor. Ülkemizde, yasama, yargı ve yürütme erklerine çok iş düşüyor. Mahalle bekçisinden valiye, ilçe yargıcından Yargıtay'a kadar, kamusal süreçte görev alan her kişi ve kurum, insan haklarının korunmasında doğrudan sorumluluk taşıyor. Onların gereken özeni göstermeden uygulamaya koydukları bir işlem, hiç beklenmedik zamanlarda uluslararası yargının gündemine taşınabiliyor. Acaba tüm kamu görevlileri bu bilince ulaşabildiler mi?

Bu soruya olumlu yanıt verebilmek çok güç.

## **B – AİHM KARARLARININ ULUSAL HUKUK ÜZERİNDEKİ ETKİNLİĞİ :**

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler Sözleşme'nin 46.maddesi uyarınca, AİHM'nin kendileriyle ilgili kararlarını uygulamakla yükümlüdürler. Bu konuda Türkiye'de henüz çözüm getirilemeyen ciddi güçlükler bulunmaktadır.

Örgütlenme ve düşünceleri açıklama özgürlüklerinin sınırlandırılmasıyla ilgili olarak verdiğimiz iki örnek, başta Anayasa olmak üzere Siyasal Partiler Yasası'nda ve TCK'nun 312.maddesinde bazı değişimler yapılması gereğini ortaya koymaktadır.

TCK'nun 312.maddesinin yumuşatılması ya da değiştirilmesi, uzunca bir süreden beri siyasal partiler arasında pazarlık konusu yapılmaktadır. Tartışmalar, genellikle hangi ünlü politikacılara verilen ceza ve yasakların kaldırılacağı, hangi düşünce suçlarına cezaevi kapılarının kapalı tutulacağı gibi, kişilere yönelik değerlendirmeler üzerinde odaklanmaktadır. Za-

man zaman için içine konuyla doğrudan bağlantısı olmayan siyasal güç gösterileri de karışmaktadır. Toplumsal taban, parlamento çoğunluğu, başka yasa tasarılarının engellenmesi gibi...

AIHM'nin ,etkileri süreklilik taşıyan somut olaylarla ilgili kararlarının ulusal yargı organlarınca nasıl değerlendirilebileceği konusu, belirsizliğini korumaktadır. Örneğin TBKP'nin kapatılmasını Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlali olarak değerlendiren AIHM'nin kararı, ulusal hukukta "yargılamanın yenilenmesi" nedeni olarak benimsenebilir mi?

Kapatılan TBKP'nin Genel Başkanı Nihat SARGIN ve Genel Sekreteri Nabi YAĞCI'nın yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine Anayasa Mahkemesi'nin verdiği E:1998/4 (Değişik İşler), K:1999/2 sayılı ve 18.02.1999 günlü kararı, çalışmamızın (3.) eki olarak sunulmaktadır.

Dilekçeler, "AIHM önündeki davada tartışılan somut olay Anayasa Mahkemesi kararı olduğuna göre, bu çelişkiyi giderme yetkisinin de, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına girdiği inancıyla, ...AIHM'nin kesin kararının CMUK 327.maddesinin 5.bendine göre, en azından 'yeni vakıalar veya yeni deliller' kapsamında değerlendirilmesini ve oluşan hukuksal çelişkinin ulusal hukuk içinde çözüme yol açmasını" talep etmişlerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, "AIHM'nin... 'Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlal edilmiş olduğuna' dair kararının, CMUK'un 327.maddesinde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden olmadığı ve Anayasa'nın 90.maddesine göre bağlayıcı nitelikte bulunmadığından,... yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi..." doğrultusunda görüş açıklamıştır.

Anayasa Mahkemesi de, "AIHM kararı dışında yeni bir olay veya kanıt ile ri sürülmemesi," ve "AIHM kararı, CMUK'un 327.maddesi kapsamına giren yeni bir vakıa veya delil niteliğinde olmadığından," yargılamanın yenilenmesi istemini reddetmiştir.

## C – HUKUK ÜRETİMİNDE YARGININ ETKİNLİĞİ :

17 Ağustos 1956'da kapatılan Alman Komünist Partisi'nin AIHK'na yaptığı başvurunun reddedilmesinin üzerinden 40 yıl geçtikten sonra yalnız

Türkiye'nin 6 parti kapatma davası ile Avrupa'nın gündemine yerleşmesi, bir rastlantı olarak görülmemeli. Örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlükleri konusunda, Türkiye ile Avrupa arasında önemli anlayış farklılıkları bulunuyor. Çok ciddi uyumsuzluklar var. Örnek olarak sunduğum üç kararın da otaya koyduğu gibi, Türkiye, bildiği, alıştığı yolda yürümektedir. Değişime, yenilenmeye yönelmemektedir.

Kuşkusuz, başta Anayasa olmak üzere, ilgili yasalarda değişiklikler yapılması gerekmektedir. Yasaların yenilenmesi de insan ürünü olacağına göre, öncelikle, anlayışlarımızı, düşüncelerimizi sorgulamamız gerekiyor.

Ayrıntılar üzerinde tam örtüşme sağlanmasa bile, temel hak ve özgürlüklerin kapsamı, sınırları ve kötüye kullanılmaması için alınacak önlemler konusunda, AIHM'nin kararlarında yer alan ilkeleri paylaşıyor muyuz ?

Kişiler olarak bu ilkelerin Türkiye'de de uygulanabileceği inancındaysak, çözüm yolu açılmış demektir.

1960 yılından beri Türkiye Anayasaları'nda temel hak ve özgürlüklerin kapsamı ve sınırları, AIHS'ne koşut düzenlemeler içermektedir. Daha da ileri giderek şöyle bir varsayım kurabiliriz :

AIHS'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin kurallarını, tek bir sözcük değiştirmeden ulusal Anayasa olarak benimsemiş olsaydık, bugün hangi noktalara ulaşmış olurduk ?

Özgürlüklerin kapsamını olabildiğince dar, sınırlama ve kısıtlamaları hakkın özünü yok edecek biçimde yorumlama alışkanlığımızı koruduğumuz sürece, gelinecek aşama, bugün yaşadıklarımızdan çok farklı olmazdı.

Ben, yargının çağdaş yorumlarıyla, hukuk üretiminde, yasama ve yürütmeye yol göstereceği doğrultusundaki inancımı koruyorum. Soyut kavramlar olan hukuk kuralları, yargıçların kararlarıyla gelişip anlam kazanır.

Elimizde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, Anayasa'ya aykırılığı ile ri sürülemeyecek ulusal bir yasa var. Mahkeme'nin 40 yılı aşan uygulama-

ları sonucunda verdiği ilkesel kararlar, önemli bir içtihat birikimi oluşturuyor. Henüz yeterince değerlendiremediğimiz bu kaynağın, gecikmiş alışkanlıklarımızı aşmamıza yardımcı olacağına inanıyorum.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Güney Dinç'e teşekkür ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Michel Louis Martin'e sözü vermeden önce, özgeçmişini çok kısa olarak bilgilerinize sunuyorum: Michel Louis Martin, Toulouse Siyasal Bilimler Enstitüsünde Siyaset Bilimi Öğretim Üyesi, Uluslararası İlişkiler ve Güvenlik Bölümünde Mastır Programı Sorumlusu. Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi ve Antil Üniversitesinde görevli ve Toulouse Siyasal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu Üyesi. Sayın Martin'in 13'ten fazla yayınlanmış eseri bulunuyor.

Sayın Martin, söz sizin; buyurun efendim.

## Prof. Dr. Michel Louis Martin

---

Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü

### Fransızca Konuşulan Afrika Ülkelerinin Anayasalarında Hak ve Özgürlükler

Son on yıldır Afrika kıtasının Fransızca konuşulan kesimlerinde ortaya çıkan demokrasiye geçiş süreci henüz tamamlanmamış olsa da anayasal metinlerin sorgulanmasına yol açmış, yeni temel yasaların geliştirilmesi (1) veya eski tarihli olanlarda derinlemesine değişiklikler yapılması

---

(1) Bu anayasalar, Kasım 1996'da gözden geçirilmiş olan Şubat 1986 tarihli Cezayir, Aralık 1990 tarihli Benin, Haziran 1991 tarihli Burkina Faso, Aralık 1994 tarihli Orta Afrika, Mart 1992 tarihli Kongo, Eylül 1992 tarihli Cibuti, Mart 1994, Eylül 1995 ve Nisan 1997'de gözden geçirilmiş olan Mart 1991 tarihli Gabon, Aralık 1990 tarihli Gine, Eylül 1995'te gözden geçirilmiş olan Eylül 1992 tarihli Madagaskar, Şubat 1997 tarihli Mali, Temmuz 1991 tarihli Moritanya, Ağustos 1999 tarihli Nijer, Nisan 1996 tarihli Çad ile Eylül 1992 tarihli Togo Anayasalarıdır.



(2) bu sayede mümkün olmuştur. Anayasa yapıcılarının tercihi çok klasik bir kurumsal mimari yönünde olmuş; çoğunlukla ifadesini hak ve özgürlüklerdeki gelişmelerde bulan görelî olarak ilerici bir yurttaşlık rejiminin eşlik ettiği bir yarı-başkanlık biçimi oluşturulmuştur.

Neoliberal düşünce resmi düzeyde bugün Afrika kıtasının tamamına hakimdir. Her ne kadar batı temelli olsa da, değişimi örgütlemekle görevli merciler bu düşünceyi benimsemiştir. Bununla birlikte, temel yasaların, özellikle de güçler dengesine dair hükümleri önceleyen uzun hak bildirgelerinin yüzeysel bir incelemesi bile, daha az baskın olmakla birlikte başka kaynakların da etkili olduğunu gösterir. Özellikle de, izleri kolaylıkla silinemeyen marksist geçmiş bazı hükümlere ilham kaynağı olmaya devam etmektedir. Şüphe yok ki, anayasa metinlerinin hazırlanmasında ortaklaşa kaleme alma yönteminin izlenmesi, önceki rejimlerden kalan bir dizi saygın kişinin eski bağlılıklarını kanıtlayan ifadeleri koruyabilmelerini sağlamıştır.

Bu durum tüm anayasaların ilk maddelerine uyumsuz, hatta kakofonik bir ton vermekte, bu ise kimi zaman, temel ilkelerin olgular üzerinde somut etkiler yaratacağına inanmamaktan kaynaklanan bir kayıtsızlık, kimi zaman ise daha iyimser bir bakışla şimdiden zengin bir tarihin işareti olarak yorumlanmaktadır. Ayrıca, kullanılan kaynaklardaki bu bariz çelişkiler, geçmişinde her tür etkiyi –içselleştirerek ya da içselleştirmeyerek– yanyana getirme, dahası bütünleştirme becerisi göstermiş liberal batı modeline de gerçekte ters düşmemektedir. Belli bir bakış açısıyla, Afrika ülkelerinin göstermesi gereken çaba daha büyüktür; zira onlardan beklenen, yüzyılların arılaştırmasıyla gelişiminin en üst düzeyine ulaşmış bir demokrasi modeline ayak uydurmalarıdır.

- 
- (2) Bu metinler, Haziran 1972 tarihli olup 1975 ile 1991 arasında pek çok kere gözden geçirilmiş ve Ocak 1996'da önemli bir değişikliğe uğramış olan Kamerun, 1963 ile 1995 arasında yaklaşık on kez ve Haziran 1998'de ciddi olarak gözden geçirilen Kasım 1960 tarihli Fildişi Sahili, 1980'den sonra Ağustos 1992 ve Eylül 1996'da revize edilen Ekim 1992 tarihli Fas, en önemlisi Şubat 1998 değişikliği olmak üzere kabul edildiği Mart 1963'ten beri pek çok değişiklik geçiren Senegal ve Nisan 1976, Haziran 1981, Temmuz 1988, Kasım 1995 ve Ekim 1997'de revize edilen Haziran 1959 tarihli Tunus Anayasalarıdır.

Afrika kıtasının Fransızca konuşulan ülkelerindeki yeni anayasacılığın doktriner boyutuna dair bu incelemede öncelikle ilham kaynakları, ikinci olarak da temelini oluşturan ilkeler ele alınacaktır.

### İlham Kaynakları

Kökleri hatırlanamayacak denli eskilere uzanan geleneklerle biçimlenmiş ve gözden uzakta olmasını fırsat bilen büyük Avrupa güçlerinin herbirinin kendine bir imparatorluk yaratmak istediği işgal topraklarına dönüşmüş bir kıtada etki eden unsurların çok sayıda ve çok çeşitli olması hiç şaşırtıcı değildir. Bunların hepsini ortaya çıkarmaya ve kökenlerini bulmaya girişmek ise, sonucu belirsiz bir soyağacı çalışması gerektirir. Halihazırda ki Afrika hukuk bildirgelerinin zımnen gönderme yaptıkları sistemler arasında *a priori* bir eleme yapıldığında, üç büyük sistemin hakim olduğu görülür. Eskilik ve önem düzeyinde hayli eşitsiz olan bu sistemlerden, biri iki yüz yıldan eski iken, diğer ikisi daha yakın zamanlıdır. Etkileri açısından ise kimi zaman yükseliş, kimi zaman gerileme gösterir.

### Fransız Devrimi

Eski sömürge uluslarda Fransız Devrimi'nin, kökeni sömürge dönemine kadar uzanan inkar edilemez bir saygınlığı vardır. Bu, bir yandan bağımsızlıktan önce devlet okullarında Afrikalı seçkinlere verilen eğitimden, diğer yandan da sömürgeciye kendi kavramları ile –doğal özgürlük, ırkların eşitliği ve halkların kendi kaderini tayin hakkı konularında- karşı çıkmanın rahatlığından kaynaklanır. Sonrasında, özellikle de marksist analizlerin etkisiyle bu kavramlar bir miktar gerilediyse de, son zamanlarda dünya çapında klasik liberalizme doğru yöneliş, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları'nın bir referans olarak görülmesine değilse bile en azından daha büyük bir ilgiyle ele alınmasına sebep oldu.

1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nden sonra gerçekleştiği için tarihsel olarak bir ilk sayılamayacağı gibi, devrimci yasakoyucunun karşısına başka öncelikler çıkması nedeniyle yarım kalmış olsa da, hiç şüphe yok ki 1789 Bildirgesi etki alanını daha da genişletmesini sağlayan çok sayıda ulusal ve uluslararası sözleşmeye ilham kaynağı ve model olmuştur. Tam tersine, bu belge çeşitli eleştirilere de hedef olmuş, hatta marksist akım tarafından burjuva çıkarlarının dışavurumu olmakla suçlanmıştır; özel-

likle de hukuki eşitlik ve mülkiyete yaptığı övgüler ile toplanma ve dernek kurma özgürlüklerini düzenlememesi nedeniyle. 1789 Bildirgesi her şeyden önce, fikir özgürlüğü ve yurttaşlara tanınan hukuksal güvenceler başta olmak üzere pek çok açıdan hâlâ güncelliğini korumaktadır.

Uluslararası düzeyde daha sonra geliştirilmiş olup da temelini Fransız Bildirgesi'nden alan hukuki düzenlemeler arasında 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 1981 Afrika İnsan ve Halk Hakları Sözleşmesi en önemlileridir. 1789 Bildirgesi varlığını genel olarak bunların aracılığıyla sürdürmektedir, zira sadece Fildişi Sahili, Gabon ve Senegal Anayasalarının girişlerinde bu bildirgeye açıkça gönderme yapılmaktadır. Diğer bütün anayasalar ise 1948 ve 1981 belgelerine gönderme yapmaktadır. Bu durumun tek istisnası üç Kuzey Afrika ülkesidir ki bu da –en azından Fas ve Tunus için- klasik liberalizmin daha az geçerli olduğu bir dönemde yapılmış olan temel yasalarının görece eskiliğini açıklamaya yardımcı olur. Burkina Faso'ya gelince, “benimsediği” 1948 Birleşmiş Milletler Bildirgesi ile “bağlılığını ciddiyetle vurguladığı” Afrika Sözleşmesi arasında bir ayırım yapmakta ve bu durum, bölgesel nitelikteki metinlere haklı olarak daha kuvvetli bir bağlılığı yansıtmakla birlikte, mahkemede bu maddeden medet umanları yorum sorunları ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Fransız geleneği, bir yandan, meşruiyetin tek kaynağı olarak halkın gösterilmesiyle Rousseau'nun, diğer yandan da, temsili vekalet kavramıyla Sieyès'in analizlerinden kaynağını alan temsili demokrasi kavramının içinde yer alır. Bazı geleneksel monarşi kuramcılarında bile alttan alta varlık göstermesi nedeniyle, halkı egemenliğin tek sahibi olarak görme fikrinin mutlak bir orijinallik taşıdığı söylenemez; yine de, *Toplumsal Sözleşme*'nin yazarı tarafından öylesine kesin ve sistematik bir şekilde gözler önüne serilmiştir ki yenilikçi gibi görülmektedir. 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın 2. maddesi bu fikri tumturaklı bir şekilde “halkın, halk tarafından ve halk için idare edilmesi” olarak ifade etmektedir. Her ne kadar, aşırı yükünlüğü nedeniyle muğlak olan bu ifadenin son kısmı, halkın kendi yanlışlarına karşı pek iyi bilinen çıkarlarını koruduğunu iddia eden bir yetkili tarafından kullanılma riskini taşısa da hiç farklılık göstermeden şu ülkelerin sözleşmelerinde tekrarlanmıştır: Benin (m. 2/2), Orta Afrika (m. 18/1), Kongo (m. 4/3), Cibuti (m. 1/4), Gabon (m. 2/7), Gine (m. 1/6), Fildi-

şi Sahili (m. 2/2), Mali (m. 25/2), Nijer (m. 4/2), Senegal (m. 1/5), Çad (m. 2/3).

Cezayir Anayasası'nda ise halka yapılan atıflar şüphe uyandıracak denli boldur: 11. madde "halk tarafından ve halk için" ifadesiyle yetinse de, öncesinde "Devlet meşruiyetini ve varlık sebebini halkın iradesinden alır", sonrasında da "[Devlet] sadece halkın hizmetindedir" diye belirtilmiştir. Bu da yetmezmiş gibi Kasım 1996 değişikliğiyle, "ulusal egemenlik halka aittir" diyen eski 6. maddenin ortasına "sadece" sözcüğü eklenmiştir; bu yeni versiyonun yazarları, söylenmesine gerek olmadan da anlaşılan bir olgunun söylenmesinin daha iyi olacağını düşünüyor gibidir. Son olarak, Cezayir temel yasası tam otuz altı kez halka gönderme yapıyor, bir başka deyişle diğer ülkelerin anayasalarının çoğundan üç dört kat fazla. (3) Bu sayının halkın isteklerini fazlasıyla dikkate alan bir rejime mi, yoksa tam tersine buna yeterince önem vermediği yönündeki eleştirilere bir cevaba mı işaret ettiğine getireceğimiz yoruma bağlı olarak, Moritanya ve Benin gibi (sırasıyla on dört ve on yedi kez) norm dışı ülkeler ile anayasasında bu kelimeye hemen hiç yer verilmeyen Fas'a olan bakışımız değişecektir.

Sieyès ise, bir taraftan tarihsel –*tiers état* (\*) temsilcilerini, temsilcilerin kendilerini seçenlerin talimatıyla bağlı olması ilkesine dayanan emredici vekaletin eskimiş kurallarından kurtarma gereksinimi-, diğer yandan pratik nedenlerle –milyonlarca vatandaşı olan bir devletin tüm sakinlerini tek bir yere toplamanın imkansızlığı- temsili vekaletin temellerini atma gereği duymuştur. Buna göre, seçmenler seçilmişlere hiçbir şekilde karşı gelmeksizin veya görev sürelerinin bitiminden önce yerlerine başkasını geçirme imkanları olmaksızın tam bir güven duymak zorundadırlar. Fransız Anayasası'nın 3. maddesi "Ulusal egemenlik halka aittir ve o, bunu temsilcileri eliyle kullanır" deyip "ve referandum yoluyla" diye ekler. Afrika'nın Fransızca konuşulan ülkelerinin çoğunda yeni temel yasalar benzer, hatta tamamen aynı ifadelere yer vermektedir: Benin (m. 4/1), Fil-

(3) Bu göndermeler Madagaskar'da altı, Kamerun'da yedi, Fildişi Sahili, Senegal ve Togo'da dokuz, Tunus'ta on ve Gabon ile Nijer'de on birdir.

(\*) *Ancien Régime*'de ayrıcalıklı sınıflar (soylular ile rahipler) haricinde kalan toplumun tüm diğer kesimleri, halk. (Ç.N.).

dişi Sahili (m. 4/1), Cibuti (m. 3/2), Gine (m. 2/1), Madagaskar (m. 6/1), Mali (m. 26/1), Moritanya (m. 2/2), Nijer (m. 6/1), Senegal (m. 2/1), Togo (m. 4/1). Fildişi Sahili'nde "referanduma başvurma koşulları ve bunun denetimi yasalarca belirlenmiştir" diye belirtilmiştir (m. 4/3). Bunu iki şekilde anlamak mümkün, bu usulü anayasa ile belirlenmiş alanlarla sınırlayan çoğu diğer metne kıyasla daha fazla açıklık getirmesi anlamında ya da yasakoyucunun ona atfedeceği sorularla kısıtlayacağı anlamında.

Beş devlet, Cezayir (m. 7/3), Orta Afrika Cumhuriyeti (m. 18/2), Kongo (m. 4/1), Gabon (m. 3/1) ve Çad (m. 3/1), ufak bir değişiklik yapmış ve halk egemenliğinin dışavurumu olması hasebiyle referanduma öncelik atfederek ona parlamenterlerle ilgili düzenlemelerden önce yer vermişlerdir. Bu sıralama ile, üstü kapalı bir biçimde, parlamenter sistem mantığında seçilmişlere normalde gösterilenden daha az bir güvene işaret edilmektedir. Doğrusu bu beş ulusun yakın tarihi de bu düşüncüyü haklı çıkarır niteliktedir.

İki ülkede ise –birinde yakın bir tarihe kadar olmak üzere– düzenlenmiş erkler arasında gayet özgün bileşimlere sahip meclisler nedeniyle farklı bir ifadeye yer verilmiştir. Bunlardan biri olan Burkina Faso'da eski 32. madde şöyle diyordu: "Egemenlik halka aittir. Halk iktidarı yürürlükteki anayasa ile ve yasa tarafından öngörülmüş koşullarda uygulanır". Anayasanın ihmal etmemesi gereken bilhassa önemli bir konuyla ilgili olarak yasaya yapılan bu beklenmedik atfı anlamak için, eşit ve gizli nitelikteki, doğrudan genel oyla seçilen bir Halk Vekilleri Meclisi'nin yanısıra, yalnızca danışmanlık sıfatı taşıyan ve bileşimi yasayla belirlenen bir Temsilciler Meclisi'nin varlığını göz önünde bulundurmamak gerekir. Maddenin son cümlesinde de bu tekil kuruma gönderme yapılmaktadır. Bu meclis, demokrasiye geçiş ve sandıktan çıkan iradenin kendilerinden yana olmaması ihtimaline karşı iktidardaki eski ekibin partizanlarına bir sığınak sağlama amacıyla öngörülmüştür. Ocak 1997 değişikliği bir halk iktidarından bahseden bu biraz çağdışı nitelikteki ifadeye şu yeni biçimi vermiştir: "Egemenlik halka aittir ve halk bu egemenliğini anayasa ve yasa tarafından öngörülmüş koşullarda uygular" (yeni m. 32). Böylece, Halk Vekilleri Meclisi ismi daha klasik olan Halk Meclisi ile değiştirilirken, Temsilciler Kamarası'yla zımnen ilgili olan yasaya yapılan gönderme de korunmuştur.

Fas'ta, anayasanın 2. maddesi halkın egemenliğini "referandum yoluyla doğrudan ve anayasal kurumlar eliyle dolaylı olarak" kullandığını belirtir. Bu alışılmadık ifade, Vekiller Meclisi'nin sadece genel oyla seçilmiş üyelerden değil, meslek odaları ve yerel yönetimlerce seçilen kişilerden de oluştuğunu göstermektedir. Sivil toplum temsilcilerinin meclisteki varlığını hükümetin siyasal seçim sonuçlarını sınırlamasının aracı olarak gören muhalefetin istemlerini karşılamak gayesiyle Eylül 1996 değişikliği parlamentoyu "temsilciler" kamarası ve "danışmanlar" kamarası olmak üzere ikiye böldü. Bu değişiklik uyarınca, danışmanlar kamarasında yerel yönetimler, meslek odaları ve "çalışanların temsilcilerinden oluşan bir seçmenler topluluğu" tarafından seçilenleri biraraya getirilmektedir (m. 38/1).

Bir diğer farklı ifade de Kamerun Anayasası'nda kullanılmakta ve halkın egemenliğini gerçekleştirme araçları arasında, Cumhurbaşkanına yer verilmektedir (m. 2/2). Devlet başkanının da genel oyla seçildiği ölçüde hukuki anlamda tutarlı olan bu yaklaşım, yürütmeyi kollama isteğinin göstergesidir.

Sieyès'in halk egemenliğinin normal dışavurum biçimi hakkındaki analizleri, teorilerini geliştirme koşullarıyla olduğu kadar, yirminci yüzyılın ikinci yarısında demokrasinin işleyişiyle de yakından bağlantı, farklı iki sonuca daha yol açar. İlki, her vekilin ulusun tümünü temsil ettiği yönündeki iyimser ve değer atfedici yaklaşımdır, yani seçilmişlerin bencilce yalnız kendi seçim bölgelerinin çıkarlarını savunma eğilimlerini dizginlemek için ortaya atılmış bir kurgu. İkincisi ise, geleneksel monarşilerden miras kalan ve marksist rejimlerce beklenmedik bir biçimde yeniden benimsenen emredici vekaletin açıkça yasaklanmasıdır.

Fransızca konuşulan Afrika ülkelerinin anayasal metinlerinde Sieyès'in analizlerinin bu iki sonucunu da görmek mümkündür. Bunlar neredeyse eşit bir biçimde üçe ayrılır: Bir kısmı, az çok açık kavramlarla, her vekilin kendini ulusun tamamının temsilcisi olarak görmesi gerektiği fikrini ifade etmekle yetinirken (bir "ulusal" vekaletten bahseden Cezayir Anayasası m. 105, her iki meclisin üyelerinin "Madagaskar"ın vekil veya senatörleri olduğunu vurgulayan Madagaskar Anayasası m. 66/1 ve m. 76, Fas Anayasası m. 36, Togo Anayasası m. 52 ve Tunus Anayasası m. 25); bir diğer kısmı kendilerini zorunlu vekaletten yasaklanmasıyla sınırlar (Kongo

Anayasası m. 96/1, Gabon Anayasası m. 39/1, Mali Anayasası m. 64/1, Moritanya Anayasası m. 51/1). Üçüncü bir grup metinde ise temsili demokrasinin bu iki unsuruna birlikte yer verilir (Benin Anayasası m. 80, Kamerun Anayasası m. 15/2 ve 3, Orta Afrika Anayasası m. 46/3. ve m. 50, Cıbuti Anayasası m. 49/1, Fildişi Sahili Anayasası m. 35/1 ve 2, Nijer Anayasası m. 66/1 ve 2, Çad Anayasası m. 116/1 ve 2 ve Togo Anayasası m. 52).

Buna karşılık, eylül 1995'te Gabon Anayasası'nda yapılan değişiklik siyasi partiler lehine bilhassa önemli bir ayrıcalık getirmiştir; buna göre, ait olduğu partiden istifa eden veya ihraç edilen milletvekilinin koltuğu kendiliğinden boş kalır (m. 39/2). Bu hükümde, aynı maddenin birinci fıkrasıyla biraz çelişik ve emredici vekaletle oldukça benzer bir usul söz konusudur.

### *Etkisi azalan veya artan daha yakın zamanlı kaynaklar*

Afrika Kıtası'nın bağımsızlığına kavuşmasından bu yana temel yasaların normatif sicilini biçimlendiren bu sabit hakların yanısıra, başka değerler de zamana bağlı dalgalanmalar gösteren bir öneme sahiptir. Etkisini giderek artıran kimilerinin bugün etkisi azalmaktadır. Bunlardan başlıcaları, çeşitli biçimler altında marksizmden kaynaklanan değerler olup, yetmişli yılların ikinci yarısı ile seksenlerin başında ağırlığını hissettirenlerdir. Bununla birlikte, kimi varsayımlarda bazı kalıtlar her ne kadar kısıtlı da olsa varlıklarını sürdürmektedir. Genel anlamda "somut özgürlükler" için durum budur. Hukuk bildirgeleri bunlara az çok açık bir biçimde yer verirken, diğer yandan devlete, yurttaşlarına düşüncelerini açıklama, çalışma, eğitim ve sağlık gibi özgürlüklere gerçekte ulaşmalarını sağlayacak araçları temin etme yükümlülüğünü de getirir. Burada, bireylerin kamu güçlerine karşı gerçek bir hak arama imkanından çok, eski anlaşmaların kalıntısı söz konusudur. Bu yönde bir anlamla yüklü ifadelerden biri de, kurumlara "insanın insan tarafından sömürülmesini engellemeye" yönelmelerini büyüyen Cezayir Anayasası'nın 8. maddesidir. Daha çekişen bir biçim taşıyalar da bazı hükümler tarafından meclisin elinde tuttuğu temsil gücüne karşı halka belli bir inisiyatif hakkı tanınmaktadır.

Pek çok ülke için bu ilerici ideallerin kolaylıkla bir yana bırakılabildiği söylenemez. Burkina Faso bu konuda iyi bir örnek teşkil eder; özellikle de

yeni Devlet Başkanı Blaise Compaoré, “Düzeltilme” kapsamında, bahtsız selefi Thomas Sankara’nın koymuş olduğu değerleri tümenden yıkma isteği taşıymıyormuş gibi görünmeyi tercih ettiği için. Anayasayı onamakla yükümlü ulusal oturumda ele alınan başlıca konulardan biri yeni düzen açısından aykırılık gösteren ifadelerin çıkarılması olmuştur. “Devrimci”, “emperyalist”, “toplumsal” gibi bir dizi terimin gereksiz olduğuna hükmedilip metinden çıkarılması da böyle oldu. Kimi durumlarda ise böylesi metinden çıkarmalar basit bir terminolojik kaygının ötesine geçiyor; nitekim varolma hakkını anti-emperyalist parti ve siyasal oluşumlarla sınırlı tutmayı öngören öntasarı maddesinin kaldırılmasında böyle oldu, zira kötü niyetli bir yaklaşımla bu madde çokpartililiğe tehlike arzeder hale gelebilirdi.

Öte yandan, önceki rejimin taraftarlarının tümenden saygınlık kaybına uğradıkları söylenemez. Kimi söyleme biçimlerinin varlığını sürdürmesi ya da tam tersine, kimi yeni biçimlerin reddi bunların bir süre daha varlık gösterdiğine işaretler; tıpkı “halk iktidarı” (eski m. 32) ile “silahlı halk orduları”na (eski m. 52) yapılan göndermelerde olduğu gibi. Aynı şekilde, “vatan yahut ölüm, biz kazanacağız.” sözü korunmuştur. Buna karşılık, “halk tüm Burkina Faso yurttaşlarından oluşur” ifadesi, devrim karşıtlarına nüfusun geri kalan kısmıyla aynı hakların tanınmasını kabul etmeyenlerce geri çevrildi. Bu tuhafıklar sonunda Ocak 1997 değişikliğiyle giderildi: “Halk iktidarı” ifadesinin yerini “ulusal egemenlik” ifadesi aldı (m. 32); “silahlı halk orduları”nın yerine ise “milli silahlı güçler” geldi. Ülkenin simge sözü ise “Birlik, ilerleme ve adalet” şeklinde yumuşatıldı (m. 34/5), ki bu, ilk Yukarı Volta Anayasaları’na kısmî bir dönüş anlamına gelmektedir.

Etkisini yitirmekte olan bu değerlere karşılık bazı değerler yükseliş gösteriyor ki bunlar özellikle İslam’la bağlantılı olanlardır. Bu açıdan devletleri üç kategoriye ayırmak mümkün. (4) Birincisi, İslam’ın en güçlü şekilde nüfuz ettiği ülkeleri kapsar ve şimdilik Afrika’nın Fransızca konuşulan

(4) Abdelfattah Amor, “Constitution et religion dans les Etats musulmans”, in *Constitutions et religions*, Toulouse, Presses de l’Université des sciences sociales de Toulouse, 1995, s. 25-88.



kesimlerinde temsilcisi yoktur. Bunlar dine öylesine bağlı yarı-teokratik yapılardır ki, toplumu biçimlendirmekten sorumlu kurumların düzenlenmesinde Kuran ile Sünnet'in yeterli olduğunu düşünen yöneticiler için bir temel yasa fikri dahi kabul edilemez niteliktedir. Müslüman Kardeşler'in sloganı da bunu gösteriyor: "Kuran'dan başka anayasa yoktur". Bir diğer örnek de ülkesinde iktidara temel oluşturan metnin 1992'de resmi gazete- de yayınlanması sırasında, Kral Fahd'ın sunduğu ve ifade biçiminin temkinli bir biçimde içeriğini zayıflattığı bildiri: "Anayasamız (...) Allah'ın kutsal kitabı (...) ve Peygamber'in Sünnetidir". Bu kategoride, normlar hiyerarşisinin tepesine insan yapımı bir metin koymak istemeyen Suudi Arabistan, İran, Pakistan, Bahreyn veya Afrika kıtasından Sudan gibi çok çeşitli uluslar yer alır. Belli bir bakış açısıyla, Fransızca konuşulan Afrika devletlerinin birer anayasal metne sahip olduğu gerçeğinden hareketle bunlardan hiçbirinin köktendinci olmadığını ileri sürmek mümkündür.

İkinci kategoride, İslam'ın kuvvetli bir biçimde nüfusun içine yerleşmiş olduğu, ama kendilerini "dinden bağımsız" olarak gören ülkeler yer alır. Bunlardan bazıları inanç özgürlüğünü tanımakla yetinir: Endonezya veya Afrika'dan Gine ve Gine-Bissau. Daha ileri giden bazıları anayasaya din ile devletin ayrılmasını ekler (Nijer). Nihayet bir diğer grupta ise laiklik temel alınmaktadır: Burkina Faso, Kamerun, Orta Afrika Cumhuriyeti, Fildişi Sahili, Mali, Senegal, Çad, Togo veya Afrika dışından Türkiye. Bu sıralama oldukça farklı konumlardaki ülkeleri biraraya getirmektedir. Örneğin, Senegal'de İslam'a dair işlevler –siyaset de dahil olmak üzere-, geleneksel olarak önemli bir role sahip tarikatlar eliyle gerçekleştirilir. (5) Anayasa onları "eğitim araçları" olarak kabul eder (m. 17). Ayrıca, kamu özgürlüklerine hasredilmiş bölümde "Din ve dini cemaatler" başlığı altında onlara özel bir yer ayırıp bilhassa devletin vesayetine karşı özerkliklerini dile getirir (m. 19/2). Belirtilmesi gereken bir başka özgün durum ise Orta Afrika Cumhuriyeti'nde "her türlü köktendinciliğin ve hoşgörüsüzlüğü" yasaklanmasıdır (m. 8/2).

---

(5) Christian Coulon, *Le Marabout et le prince, Islam et pouvoir au Sénégal*, Paris, Pedone, 1981; ayrıca bkz. Lamin Sanneh, *The crown and the turban: Muslims and West African pluralism*, Boulder, Westview, 1996.

Şüphesiz en ilginç olan üçüncü kategoride kendilerini “dinin efendileri” olarak adlandıran ülkeler yer alır: Mısır, Birleşik Arap Emirlikleri, Ürdün veya Komor Adaları Federal İslam Cumhuriyeti, Cibuti ve Fransızca konuşan dört Mağrip ülkesi. Bu son dört ülkenin dördünün de bir denge arayışı içinde olduğu söylenebilir; en azından, ülkeyi resmi bir İslam etki alanı içine yerleştiren maddelerle belli bir dini özgürlük tanıyan maddeler arasında gidip gelen metinler açısından bakıldığında durum böyledir. Cezayir’de, 2. madde İslam’ı “devlet dini” olarak ortaya koyarken, 36. madde vicdan özgürlüğünü “dokunulmaz” olarak ilan eder. Bu hassas denge halinin sorunsuz olduğu söylenemez: Cezayir temel yasasının önceki versiyonunu İslam ile inanç özgürlüğü arasında bir uyumu ortaya koyuyordu, ancak yöneticiler 1996’da önsöze “kimliğinin temel bileşenlerinin İslam, Araplık ve Berberilik” olduğunu ekleme gereği duydular. Cibuti de Cezayir’e benzer bir ifadeyle, önsözde “İslam devletin dinidir” (m. 2) diye ilan eder ve 11. maddeyle “düşünce, vicdan, din ve ibadet özgürlüklerini vs.” ekler.

Fas’ta ise tercih dine saygı ile hoşgörünün dile getirilmesini tek bir maddede toplamak yönünde olmuş, böylelikle iki hükmün bölünmesi önlenmiştir: “Herkesin ibadet özgürlüğünü güvence altına alan devletin dini İslam’dır” (m. 6). Moritanya daha birinci maddede (birinci fıkra) “bir İslami Cumhuriyet” ifadesine 5. maddede “İslam halkın ve devletin dinidir” ifadesini ekler, 10. madde ise fikir ve ifade özgürlüklerine hasredilmiştir. Son olarak, Tunus Anayasası’nın birinci maddesinde ülke “dini İslam olan” bir devlet olarak tanımlanırken, 5. madde “vicdan özgürlüğünü” güvence altına alır ve “kamu düzenini bozmamaları kaydıyla ibadet özgürlüğünü” korur. Gerçekte, ihtiyatla kaleme alınmış olan bu ifadelerin ardında çok çeşitli ve koşullara yakından bağlı dengeler gizlidir: Başta askerlerle köktendinciler arasındaki olmak üzere Cezayir’de otorite kavgası, İslam’a güç kullanarak dönme hareketini kontrol edebilmek için Fas kralının Müminlerin Komutanı sıfatını kullanmak istemesi, Moritanya’da, cezai konular da dahil olmak üzere şeriat kurallarının –teorik düzeyde dahi olsa– yürürlüğe konulmasıyla kendini gösteren güçlü bir İslami mevcudiyet, Tunus başkanı Bin Ali’nin, selefi Habib Burgiba’nın üstü örtülü bir destek aldığı laik unsurlarla bağı tümenden koparmaksızın ve kimi zaman klasik özgürlükleri zedeleyen bir kararlılıkla köktendincilerle mücadele ederek dine bazı teminatlar vermesi –Zituna Üniversitesi’nin hayata döndürülmesi gibi.

## Onur İlkeleri

Afrika kıtasının Fransızca konuşulan ülkelerinin anayasal metinlerini oluşturan normatif yapıya temel teşkil eden ilkeler üç kavram etrafında toplanabilir: ulus, özgürlük ve hukuk devleti.

### *Ulus*

Nispeten yakın bir dönemde bağımsızlığını elde etmiş olan devletler açısından bu ilkeyi en başa almak oldukça mantıklıdır. Bunların bir kısmının eski sömürge gücüne karşı üstü kapalı bir biçimde mücadele ettiğini belirtmekte fayda var. En az kırk yıl geriye uzanan bir tarihe karşı gösterilen bu aşikar kayıtsızlığını, seçkinlerin yenilenmesine ve halihazırdaki temel yasaları yapanların ellilerin sonu ve altmışların başındaki çatışmalara katılmış olmak için fazla genç olmalarına bağlamak mümkündür. Yine de, bu açıklama çok yerinde sayılmaz, çünkü birinci kuşak anayasal metinlerde de aynı üstü kapallılık görülmektedir. Yeniler arasında, sadece Cezayir Anayasası'nın önsözünde yeterince uzun bir gönderme bulunur. Kullanılan terimler ise hayli muğlaktır ve bunlarda 1 Kasım 1954'teki sömürge karşıtı başkaldırının ortaya çıkışını, ulusun bağımsızlığı uğruna "Nümid Krallığı ve İslam'ın altın devrinden sömürge savaşlarına dek" yüzyıllardan bu yana verdiği mücadele bağlamına yerleştirme isteğini görmek mümkündür. Bu geniş tarihsel bakışı nasıl yorumlayacağımızı bilemiyoruz: Fransa'ya karşı yürütülen yaklaşık yedi yıllık bir savaşın neredeyse önemsiz bir hale getirilerek hafifletilmesi olarak mı, yoksa tam tersine, daha genel bir çerçeveye yerleştirilerek yüceltilmesi olarak mı? Aynı şekilde, "en iyi evlatlarının kurban verilmesiyle elde edilen" bağımsızlık şeklinde bir tanımlamanın geride kalanlar için yaralayıcı bir ifade olduğu da düşünülebilir.

Hiç kuşku yok ki, önsözün temelinde Ulusal Bağımsızlık Cephesi'nin rolünü övme amacı yatmaktadır ve bunun uygulamaları öylesine çoktur ki, bugün bu durum olumsuz karşılanmaktadır. Tıpkı savaşa katılmış olanların hatırasını ve "bu konuda hak sahibi olanların onurunu" hatırlatması gibi. 1996 reformu da cumhurbaşkanlığına aday olabilme koşullarına Temmuz 1942'den önce doğmuş olanlar için 1954 Devrimi'ne katılmış, diğerleri için ise devrime karşı gelmemiş olma şartını eklemiştir (m. 73). Tu-

nus Anayasası'nın önsözü de, –açık bir biçimde Fransa'yı hedef alarak– “yabancıların işgalinden” kurtulmayı –beylik sistemiyle bağlantılı olan– “tiranlık, sömürü ve geri kalmışlığa” karşı kavga ile özdeşleştiren oldukça geniş terimler kullanmak suretiyle egemenliğin elde edilmesine atıf yapmaktadır.

Sahara'nın güneyinde kalan Afrika ülkelerinde ise, “yüksek bedel ödenecek elde edilmiş” bağımsızlığına vurgu yapan Kamerun ile “kazanımlara dayanak olması için düzenlendi” diye belirten Nijer (önsözler) haricindeki tüm ülkelerde geçmiş savaşımlardan bahsedildiğinde altı çizilen, bağımsızlığa yol açan eylemlerden çok demokrasinin ileriye götürülmesini hedef alan eylemlerdir. Bu tavrın gerisinde çok açık bir sebep bulunuyor: Kıtanın bu kesiminde sömürge gücün iktidarını yitirmemek için verdiği mücadeleye, Mağrip ülkelerindekine göre çok daha zayıftır. Benin, ülkenin tarihini iyimser bir bakışla yorumlayarak kendisinin geleneksel rolünü “demokrasi ve insan haklarının savunulmasında öncü” olarak belirtir. Geçiş metninde “yargısız infazlar”, “alçak cinayetler” ve hükümet darbelerini cezalandıracağını ifade eden Kongo ise artık “ülkeyi yasa boğan, nefreti ve ayrışmaları destekleyip körükleyen siyasi hoşgörüsüzlük ve şiddet”i lanetlemek ve “Kongo siyasi tarihine iktidarı elde etmenin tek yolu olarak yazılan darbe”yi suçlamakla yetinir. Mali’de “baskının kurbanları” ve demokrasi mücadelesinin “şehitleri”nin hatırası yüceltilir. Çad, “herhangi bir demokratik kültürün ve siyasi çoğulculuğun ortaya çıkmasını engellemiş olan diktatörlük ve tek parti yılları”nı kınarken, Togo egemenliğini elde ettiğinden bu yana ülkenin içinde bulunduğu ve “farklı güç odaklarının ulusun geleceği konusunda tartışmak üzere biraraya gelmesine yol açan” “çalkantılı siyasi gelişme”leri dile getirir.

Yurtseverliğe yapılan bu ritüel göndermeler bu kıtada ulus-devlet kavramının ve demokrasiye geçiş anayasalarında buna tanınan yerin uygunluğunu sorgulamaya engel oluşturmamalıdır. Aslında, Batı Avrupa’da, devlet ile ulusun yüzyıllar boyunca paralel bir gelişme gösterdikleri bir süreç uyarınca biçimlenen büyük monarşilerin hareketlerinin sonucu olarak doğmuş olan bir kavram söz konusudur. Kimi yorumculara göre, bu modeli aktararak kendilerini ulus inşasından sorumlu gören devletlerin doğmasına neden olan sömürgeci gücün en büyük hatası budur. Bu modelin bir

başka tehlikesi de ulus iddiasında olan küçük etnik topluluklara devlet olarak tanınabilecekleri umudunu vermektir, zira bu, yeni devletler tarafından ulusal birliklerine yönelik ciddi bir tehdit olarak görülür. Bu endişenin şu anda yürürlükte bulunan temel yasalarla ortaya çıktığı ileri sürülemez; bağımsızlığın peşisıra yürürlüğe giren metinlerde de zaten mevcuttu. Yakın geçmişteki iç savaşlar da ayrılıkçı nitelikteki taleplerin artmasından duyulan korkuları pekiştirdi. Şurası çok açık ki, başta kamu sektöründekiler olmak üzere Afrika'nın yeni seçkinleri bütünleşmiş bir ulusun yaratılması için farklılıkların silinmesinde kendilerini sorumlu adanmışlardır.

Afrika Kıtasının Fransızca konuşulan ülkelerinden altısında bölgeselcilik şiddetle yerilmektedir ki bu, bu kavramı olumlu, hatta yurttaşları karar merkezlerine yaklaştırarak demokrasiyi kuvvetlendiren bir kavram olarak görmeye alışmış olan batılı okuyucu için alışılmadık bir durumdur. Cezayir'de 9. madde oldukça dolaysız bir anlatımla "kurumlar kendilerine her türlü (!) bölgeselci ve adam kayırmacı uygulamayı (...) yasaklar" demektedir. Benin, önsözünde bölgeselciliği "kökten karşıtlık" gösterdiği bir dizi eylemle birlikte anar: "Keyfilik, diktatörlük, adaletsizlik, yolsuzluk, rüşvet ...". Yine önsözlerinde, Kongo Anayasası "erklerin birliği, adam kayırmacılık, etnomerkezilik ve bölgeselciliği" aynı tip utanç kaynakları olarak belirtirken, Gine "adaletsizlik, yolsuzluk, adam kayırmacılık ve bölgeselciliği" kötüler. Nijer'de, "yasal yollara başvurulur" uyarısıyla bölgeselcilik "etnomerkezilik, klan ruhu, adam kayırmacılık, feodal ruh, gayrimeşru yollarla zenginleşme, torpil yapma [...]" ile bir tutularak yasaklanır (m. 5/3). Nihayet Çad, bölgeselciliğin hemen ardından "kabilecilik, adam kayırmacılık, toplumsal eşitsizlikler ..." vs.'yi kötüler (önsöz). Diğer ülkelerden çok daha fazla dış güçlerin etkisiyle patlama tehlikesi altındaki bir ülke olan Çad'ın anayasasında ise pek çok defa Çadlıların birliğinin, değişik toplulukların dostluğunun, hoşgörüsüzlüğün reddinin, etnik grupların birbirlerinin farklılıklarına saygı duyarak birleşmesinin, toplumsal gruplar arasında güvensizliğin reddinin altı çizilmekte, hatta ülke toprakları bir bütünleşme unsuru konumuna yükseltilmektedir (m. 2).

Genel olarak, bu anayasalarda açıkça izin verilen siyasi çoğulculuğa bölgeselcilik iddiasındaki eylemlerin yasaklanması eşlik eder. Bu eylemlerin

hemen her zaman etnik ve dini konularla yakınlığı vurgulanarak bunlar da reddedilir. Burkina Faso temel yasasının 13. maddesi (5. fıkra) de bu şekilde “kabileci, bölgeselci, mezhepçi veya ırkçı” partileri yasaklar. Aynı şekilde, Nijer Anayasası’nın 9. maddesinin son fıkrası da “etnik, bölgeselci veya dini bir nitelik taşıyan” her türlü siyasi oluşumu reddeder. Aynı düşünceyle, Madagaskar Anayasası (m. 14/1) “totaliterlik ile etnik, kabile veya mezhep temelli ayrılıkçılık” güden partileri yasaklar. Bu ifade neredeyse kelimesi kelimesine Çad Anayasası’nın 5. maddesinde tekrar edilmektedir. Aynı şekilde, çok sayıda hükümde etnik kökene dayalı her türlü ayrımcılık yasaklanırken, diğer yandan da –kuralın yarı törensel görülmesine yol açacak denli genel bir biçimde- Cumhuriyet’in “bir ve bölünmez” doğasına ve sınırlarının dokunulmazlığına atıf yaparak ülkenin toprak bütünlüğünün sağlanması görevi devlete verilir.

Bu ilkesel bildirelerin de ötesinde, özgün bir milli kimliği savunmaya yönelik bu isteğin somut bir işareti de devlet başkanlığı görevine aday olabilmek için doğuştan vatandaşlık şartı aranmasıdır. Kamerun (m. 6-5), Orta Afrika Cumhuriyeti (m. 23/3), Kongo (m. 68/2), Madagaskar (m. 46/1), Mali (m. 31), Moritanya (m. 26/3), Nijer (m. 36/2) ve Togo’da (m. 62/1) böyledir. Altı metinde ise daha ileri gidilir: Cezayir Anayasası’na 1996 reformuyla yapılan eklemeye cumhurbaşkanlığı makamına “sadece” doğuştan Cezayir vatandaşı olanlar gelebilir, ayrıca eşi de aynı şekilde Cezayirli olmalıdır (m. 73); Burkina Faso, Fildişi Sahili ve Çad Anayasalarında anne ve babanın da Burkina Faso, Fildişi Sahili ve Çad vatandaşlığı taşımaları şart koşulmuştur (sırasıyla m. 38, m. 9 ve m. 62/1); Gabon Anayasası Gabon vatandaşlığını sonradan kazanmış olan adayları ve bunların üç kuşağa kadar akrabalarını dışlar (m. 10/6); Tunus Anayasası, adayın baba ve anne tarafından büyükbabalarına kadar çıkan kesintisiz bir vatandaşlık koşulu koyuyor ve çifte vatandaşlığı da yasaklıyor (m. 40/1). Orta Afrika Anayasası da bu konuyu aynı şekilde düzenler (m. 23/3). Cumhurbaşkanının vatandaşlığı konusunda sadece Benin, Cibuti, Gine ve Senegal Anayasaları görece serbestiyet sergiler: Benin için on yıllık bir vatandaşlık yeterli olurken (m. 44/1), diğerleri çifte vatandaşlığı yasaklamakla yetinirler (Cibuti Anayasası m. 24, Gine Anayasası m. 26/1 ve Senegal Anayasası m. 23). Belirtilmesi gereken bir nokta da, Fildişi Sahili’nde Haziran 1998’de gerçekleştirilen anayasal reformun ele aldığı temel

konulardan birinin vatandaşlık konusu olduğudur. Yeni 9. madde biraz muğlaktır: Her ne kadar daha önceki metinde öngörülme-yen koşullara yer vermişse de, o sırada halen yürürlükte olan seçim yasası konusunda çekin-se-kalmış, böylelikle de şimdiki devlet başkanının rakibi olan eski baş-bakanın adaylığını koymasına engel olmuştur. Ayrıca, bir yandan adayla-ra seçim öncesinde kesintisiz on yıllık ikamet zorunluluğu getirirken, di-ğ-er yandan da ikinci bir vatandaşlığı olan adayların on iki ay öncesinde bundan vazgeçebilmelerine izin vererek özgün bir yaklaşım sergilemekte-dir (m. 3 ve 5). Doğuştan vatandaşlık şartı Amerikan Anayasası'nda da yer almasına rağmen, Afrika devletlerinin çoğu tarafından şart koşulan zo-runlulukların çokluğu her ulusun kendi içine kapanmasının bir işareti olarak yorumlanabilir.

### *Özgürlük*

Ulus ilkesinin yanısıra özgürlük ilkesi de yeni temel yasalarda geniş bir biçimde yer alır. Artık klasikleşmiş bir sınıflandırmayla, yurttaşlara tanı-nan üç hak dizisi ayrıştırılır ve Fransızca konuşulan ülkelerin tamamın-da dile getirilir.

Birinci kuşak haklar geleneksel olarak düşünce ve düşünceyi ifade özgür-lüğünü ele alırlar. Metinlerde çoğunlukla doğrudan on sekizinci yüzyıl so-nu ile on dokuzuncu yüzyıl başı bildirgelerinden esinlenmiş bir ifadeye yer verilir. İçinde bulunduğumuz binyıl sonunun gerçek niteliklerine ise nere-de-yse hiç değinme yoktur: Yeni iletişim teknikleri, bunların başında gelen uyduyla televizyon programlarını izleyebilme ve internet sisteminin sağ-ladığı imkanlar ... Eski Üçüncü Dünya ülkelerinin bu bağlamda ciddi bir seçim yapmaları gerekmektedir; bilgi alma özgürlüğüne saygı gösterme kaygısı ile ulusal bağımsızlığı koruma gereği. Bu konuyu çok kısa bir bi-çimde ele alan birkaç ülke Benin, Nijer, Çad ve Togo'dur. Bunların ilki bir Görsel-işitsel ve İletişim Yüksek Makamı kurulmasından bahseder (m. 24); ancak bunun çalışma koşullarının belirlenmesi konusunda ilgili yasa-ya gönderme yapar. İkinci ve üçüncü ülkelerde ise sırasıyla bir İletişim Üst Kurulu ile bir İletişim Yüksek Kurulu tesis ederler, üstelik bunlar yal-nızca birer isimden ibaret değildir (Nijer Anayasası'nın 124.-126. maddelerinde bu kurula "yasaya saygı çerçevesinde görsel-işitsel iletişim ile ya-zılı basın araçlarının" özgürlüğünü ve bağımsızlığını gözetme görevi veri-

lirken, Çad Anayasası'nın 183.-187. maddelerinde kurulun yapısı ile görevleri ayrıntılandırılır). Sonuncu ülke olan Togo ise, yeni özel televizyon ve radyo kanallarının kurulmasından sorumlu bir İletişim ve Görsel-İşitsel Yüksek Makamı kurarak, bunun yapısının ilgili yasa ile düzenleneceğini belirtir (m. 130 ve 131).

Daha geniş ölçüde geliştirilen diğer geleneksel özgürlükler arasında güvenlik ilk sırayı almakta ve anayasa gibi normalde genel değinmeler içeren bir belge için şaşırtıcı bir zenginlikte ayrıntılandırılmaktadır. Böylece, masumiyet karinesi ile ceza yasasının geriye yürümezliği ilkeleri yanında, yakalama şartları, gözaltında tutma süreleri, bir avukatın yardımından yararlanma ve tıbbi muayene hakları hemen her yerde belirtilmiştir. Geçmişlerinde, siyasi cezaevlerinde keyfi tutuklama ve kötü muamele alışkanlıkları bulunan ülkelerde yeni anayasaların yapımcıları bu tür uygulamaları daha az cazip hale getirmek amacıyla bir dizi engel koymayı gerekli görmüşlerdir, hele ki içlerinden bazıları bu uygulamaların kurbanı olmuşken. Cezayir Anayasası m. 45-49, Benin Anayasası m. 15-19, Burkina Faso Anayasası m. 2-5, Orta Afrika Anayasası m. 3, Kongo Anayasası m. 12, Cibuti Anayasası'nın 10/5-10/7, Gabon Anayasası'nın 1/23, Madagaskar Anayasası m. 13, Mali Anayasası m. 9 ve 10, Nijer Anayasası m. 12-15, Çad Anayasası m. 21-25 ve Togo Anayasası m. 15-18 de bunu göstermektedir.

Aynı şekilde mülkiyet hakkı da istimlak tehlikesinin tehdit edemeyeceği bir biçimde sıkı koruma altına alınmıştır. İstimlak genellikle öngörülen bir durumdur. Ancak buna hemen her zaman 1789 Bildirgesi'nden alınmış şu beylik ifade eşlik eder: "Adil ve önceden verilen bir tazminat". Burkina Faso Anayasasını (m. 15/3) "acil durumlar ya da mücbir sebepler hariç" diye ekler; öte yandan, Kongo Anayasası'nın 30. maddesi sadece "önceden belirlenmiş bir tazminat" öngören Haziran 1991 tarihli Temel Geçiş Belgesi'yle bile uyum göstermez. Benzer şekilde, Gabon da : "Adil ve önceden verilen bir tazminat"a bağlama ilkesine "değerlendirmenin eksik yapıldığı veya yapılmadığı" durumları istisna gösterir (m. 1-10). 1789 Belgesi'nden doğrudan alınmış olan mülkiyetin korunmasına dair bu ilkeyle aynı anda kamusal mülkiyete saygıya değin kısa fakat sık göndermeler biçiminde kimi özgünlükler görülür ki bu durumu yolsuzluğa karşı verilen genel sa-



vaşla bağlantılı olarak düşünmek gerekir. Kimi metinlerde, arsa mülkiyetinin geleneksel biçimlerine de atıf yapılır: İslam topraklarında dini mülkiyet (vakıf ve kurum malları: Cezayir Anayasası, m. 52/3 ve Moritanya Anayasası, m. 15/3) veya hayvancılık arazileri (*fokolonalar*: Madagaskar Anayasası, m. 35). 1996 Cezayir Anayasası reformu mülkiyet lehine dolaylı olarak pek çok hüküm eklemiş, “Devlet her yurttaşın güvenliğinden sorumludur” (eski m. 23) ifadesinin yerine “Devlet kişi ve malların güvenliğinden sorumludur” ifadesini getirmiştir (m. 24); oysa bu terörizm döneminde, bu ifadenin bir taahhütten çok bir hedef gibi görülme riski yüksektir. Ayrıca, reform “ticaret ve sanayi” hakkını güvence altına alan yeni bir 37. madde getirilmiştir.

Son olarak, hanenin ve yazışmaların gizliliğinin korunmasına ilişkin hükümler gibi düzenlemelerin –üstelik önceki rejimler tarafından nadiren ele alınmalarının aksine oldukça ayrıntılı bir biçimde- bu klasik haklar arasında anılması gerekir. Kamu görevlerine erişimde eşitlik ilkesine hemen her zaman memurlara getirilen dürüstlük ve hukuka saygı mecburiyeti eşlik eder. Vergi ve askerlik hizmetinde eşitliğe gelince, çoğu zaman, bu açılardan toplum hayatının gerektirdiği görevlerin yerine getirilmesi şiddetle şart koşulur.

Bu temel özgürlükleri ikinci kuşak haklar –veya pozitif haklar- izler. Bunlarda anayasa yapıcının iki kaygısını görmek mümkündür; bir yandan hiç bir şeyi unutmamak, diğer yandan da gerçekçi olmayan taahhütlerde bulunmamak. Gelişmekte olan ülkelerden akla uygun olarak beklenen yükümlülüklerle kıyasla, bu ikinci kaygı genellikle sadece kısmen giderilebilmektedir.

Grev hakkı hemen her yerde mevcuttur: Cezayir (m. 57), Benin (m. 31), Burkina Faso (m. 22), Orta Afrika Cumhuriyeti (m. 10/3), Kongo (m. 31/3), Cibuti (m. 15/3), Gine (m. 18/4), Madagaskar (m. 33), Mali (m. 21), Fas (m. 14), Moritanya (m. 14), Nijer (m. 26), Senegal (m. 20/3), Çad (m. 29/1) ve Togo (m. 39/1). Bununla birlikte, bu hakkın tanınmasına çoğunlukla uygulama yasasına yapılan gönderme eşlik eder. Sendika hakkı için de durum böyledir: Cezayir (m. 56), Burkina Faso (m. 21/2), Orta Afrika Cumhuriyeti (m. 10/1 ve 10/2), Kongo (m. 25), Cibuti (m. 15/2), Gabon (m. 1-13/1), Gine (m. 18/3), Mali (m. 20), Moritanya (m. 14), Nijer (m. 26), Çad (m. 28/1

ve 28/2) Togo (m. 39/2) ve Fas (m. 8/2). Dile getirme biçiminin klasik ifadelerden arındığı tek ülke olan Madagaskar'da, son derece alışıldık "tüm çalışanların çıkarlarını sendikal hareketle savunma hakkı"ndan dem vuran 31. maddenin 1. fıkrasının ardından, 2. fıkrada tuhaf bir biçimde "Bununla birlikte, sendika üyeliği serbesttir" diye ekleme yapılır. Bu eklemenin açıklaması, önceki rejimde halkı denetim altına almak amacıyla kurulmuş çeşitli yapılara katılma zorunluluğunda yatar. Sosyal güvenlik ve sağlık hakkı da ele alınmıştır; ancak öyle bir dil kullanılmıştır ki, bunların devletin önüne koyduğu basit hedefler mi, yoksa devletin saygı göstermeye zorlanabileceği pozitif haklar mı olduğunu anlamak hayli zordur.

Siyasi parti kurma hakkına gelince, herkesin bildiği gibi bir ortak amaç etrafında birleşen özgün gruplar ve kısmi topluluklarla mücadele adına on dokuzuncu yüzyılın ilk yarısında liberal yazarların muhalefetine uğrayan bu hakkın Afrika anayasalarına girmesi, bağımsızlıkların hemen ardından onur ilkelerine bir dönüşü gösterir. Tek parti sisteminin kurulması, resmi olarak ulusal enerjileri zayıflatmamak için -veya komünist rejimlerin ilericiliği olarak adlandırılan olgunun taklidi olarak-, fakat gerçekte muhalefeti dizginlemek ve eleştirilerine maruz kalmamak için aslında oldukça tedrici bir biçimde gerçekleşti. Artık çok sayıda yeni metin, az ya da çok sadık bir üslupla Fransız Anayasası'nın siyasi parti ve gruplara "seçimlere" katılma ve "faaliyetlerini serbestçe" *hazırlayıp yürütme* imkanı veren 4. maddesini kabul etmiştir: Benin (m. 5), Burkina Faso (m. 13/2 ve 13/3), Kamerun (m. 3), Fildişi Sahili (m. 7), Kongo (m. 7), Cibuti (m. 6/2), Gabon (m. 6), Gine (m. 3), Mali (m. 28), Moritanya (m. 11), Nijer (m. 9), Senegal (m. 3), Çad (m. 4/1 ve 4/2) ve Togo (m. 6).

Bununla birlikte, bütün metinlerde -en azından ifade düzeyinde- etnik, bölgeselci veya dini bağlılıklar adına ülkeyi bölme tehlikesi taşıyan gruplaşmalara karşı her türlü tedbir alınmıştır. Bu bakış açısıyla ve yakın siyasi tarihi gözönünde tutulduğunda sebepsiz olmayan bir şekilde, 1996'da yaptığı reform sonrasında anayasasında oldukça yüksek sayıda önleme yer veren ülke Cezayir'dir: "Milli kimliğin temel değer ve bileşenlerine" karşı gelme, "din, dil, ırk, cinsiyet, meslek veya bölge temel alınarak" bir araya gelme veya bu unsurlar hedeflenerek parti propagandası yapmanın yanısıra, "yabancı çıkar ve partilere" her türlü bağlılık ile şiddet veya zor-

lamaya başvurma da yasaklanmıştır. Bunlar, genel ve tehditkar bir ifadeyle noktalanır: “Bunlardan başka zorunluluk ve ödevler yasayla belirlenmiştir” (m. 42). Ekim 1997 tarihli anayasal reform, düşünce özgürlüğü ve sendika hakkına ayrılmış olan 8. maddeye siyasi çoğulculuğu tanıyan, fakat özellikle partilere hem “bir din, bir dil, bir ırk, bir cinsiyet veya bir bölgeyi temel almayı”, hem de, “yabancı parti ve çıkarlara karşı bağımlılık göstermeyi” yasaklayan beş yeni fıkra eklemiştir.

Üçüncü kuşak olarak adlandırılan ve içeriği halen biçimlenmekte olan özgürlükler, ilk olarak, daha on dokuzuncu yüzyılda öngörülmüş olan cinsiyetlerarası eşitliği kapsar. Avrupa’da, bu meselenin can alıcı bir şekilde kendini hissettirdiği alan mesleki hayattır ve hak bildireleri bunun uyarısını yapmaya çalışmaktadırlar. Afrika Kıtası’nın Fransızca konuşulan ülkelerinde bu konuya bazı göndermeler yapılmıştır (Kongo Anayasası, m. 11/2 ve m. 31/1). Böyleyken, sorun genellikle aile düzeninden hareketle ele alınarak, evlilikte tarafların hür iradesinin aranması ve özellikle çocukların eğitimine ilişkin kararlar konusunda kadının kocasına karşı korunması hususlarında düzenleme yapılmıştır. Burkina Faso’nun 23. maddesi (fıkra 2) bu konuda özellikle dikkat çekicidir, zira eski başkan Thomas Sankara’nın yaptığı reformlardan bu yana bu ülkenin bir özelliği haline gelen –ki halefi döneminde de sürdürülmüştür– feminist çabaya tamkılık etmektedir. Çocukların ve engellilerin korunması da kimi zaman bu kaygıların uzantısı olarak yer alır (örneğin, Kongo Anayasası m. 34 ve Çad Anayasası m. 40).

Kültüre erişim de bu yeni hakların bir diğer boyutudur. Oldukça sıradan bir biçimde ve anayasa yapıcı tarafından özel bir önem atfedilmeksizin hemen her metinde yer alır; ne var ki, yöneticilerden çözüm bekleyen çok daha acil meselelerin olduğu ülkelerde anlaşılır bir durumdur bu. Aslında, sadece milliyetçi bir kaygıyla birleştiğinde (Cezayir Anayasası’nın önsözünde olduğu gibi) veya açıkça belli toplulukların kültürünün korunması hedeflendiğinde (Kamerun Anayasası’nın önsözü, Benin Anayasası m. 10 ve 11 ile Kongo Anayasası m. 35/1) bu konu üzerinde durulmuştur.

Son olarak, en yakın zamanlı özgürlükler arasında sağlıklı bir çevre hakkının vurgulanması gerekir. (6) Üç anayasada –Burkina Faso, Mali ve Kamerun– bu konu önsözde ele alınır; bu durum ve metnin devamında yeni-

den ele alınmaları bu yeni alana verilen öneme işaret eder. Fakat şurası da gerçek ki, bu ülkelerde bütün bir haklar bildirgesi önsözde yer almaktadır. Toplam olarak dokuz ülke bu konuyu anayasal metinlerine koymuş, içlerinden ikisi bunu bir hak olarak tanımıştır: Gine (m. 19/3) ve Togo (m. 41). Beş ülke ise bunu hem bir hak hem de bir ödev olarak tanımaktadır: Benin (m. 27), Burkina Faso (m. 29), Kamerun (önsöz), Mali (m. 15) ve Çad (m. 47 ve m. 48/1). Benin, Nijer ve Çad ayrıca bu konulara verilen önemi gösteren başka hükümler de koymuştur. Bunlardan ilki kirlilik yaratıcı üretimleri düzenlerken (Benin Anayasası, m. 28 ve m. 29), ikinci ve üçüncüsü, vatana karşı işlenmiş bir suç olarak görülen kirlilik yaratıcı ürünlerin getirilmesini yasaklamaktan başka, zehirli ve kirlilik yaratıcı atıkların taşınması, ithalati, depolanması, gömülmesi ve ulusal topraklara boşaltılmasına dair tüm edimlere de yasak koyar (Nijer Anayasası, m. 27/3 ve m. 27/4, Çad Anayasası, m. 48/3). Öylesine ciddi bir korku söz konusudur ki, Benin'de "sağlıklı, tatminkar, sürdürülebilir ve kalkınmaya elverişli bir çevrenin teminini tehdit edecek bir davranış"ta bulunmak, devlet başkanının kişisel sorumluluğuna girer, dolayısıyla da vatana ihanet gibi görülerek ciddi insan hakları ihlalleri ile eşdeğer tutulur. Çad'da da aynı yaklaşımla, yolsuzluk ve insan hakları ihlallerinin yansırı "uyuşturucu ticareti ve zehirli veya tehlikeli atıkların taşıma, depolama veya saklama amacıyla ülke topraklarına sokulması" (m. 178/3) vatana ihanetle eş düzeyde sayılmıştır. Burkina Faso'da halka dilekçe hakkı da tanınır, özellikle de çevreyi tehdit eden edimlere karşı (m. 30/3). Kongo'da (m. 46) çevrenin korunması tamamen bir hak olarak kabul edilir ve yurtdışından tehlikeli madde getirerek çevreyi tehdit edenler suçlu olarak nitelendirilirken (m. 48/1), Madagaskar'da yalnızca bir ödev olarak görülür (m. 39).

### ***Hukuk Devleti***

Afrika anayasalarının etrafında toplanabileceği üçüncü temel ilke hukuk devleti ilkesidir; oysa kısa bir süre öncesinde kimse on dokuzuncu yüzyıldan kalma bu eski kavramın böylesine görkemli bir dönüş yapacağını tah-

- (6) Bu yeni ilgi şüphesiz metinleri modern demokrasinin yeni gerekleriyle uyumlu hale getirme çabasına işaret ettiği kadar, bir yandan, kaçak avlanmanın artmasıyla beraber avlanma alanında, diğer yandan da zehirli atıkların saklanması konusunda pek çok devletin karşılaştığı sorunların boyutunu da gösterir.

min edemezdi. Aslında bu kavram, medyada kullanıldığından çok daha karmaşıktır. En basit anlamıyla alacak olursak, Fransız Devrimi'nden de önce Avrupa'da varolan ve cumhuriyet döneminde, özellikle parlamento-nun herşeye kadir olmasını sınırlamanın ya da en azından yönetimin su-istimallerini önlemenin yolu olarak yeniden öne çıkan bir kaygıya gönder-me yaparak keyfiyet rejimine karşı çıkar. Daha detaylı bir düşünce, hukuk devletinin birbirinden çok farklı iki kavramsallaştırmasını gözler önüne serer: ilki, kendisinin ortaya çıkardığı bir hukukla devletin kendi kendini sınırlamasını ifade eden Alman kökenli yaklaşımdır; ikincisi ise, mesela Duguit'nin "halkın bilinç durumu" veya Hauriou'nun "kurumun mantığı"ndan kaynaklanan ve devletin kısmen kendisinin dışında bir hukukla sınırlanmasını öngören Fransız yaklaşımı.

Afrikalı anayasa yapıcı bu iki yaklaşımdan hiçbirine açık bir atıfta bulun-masa da, hukuk devletine gönderme yapmanın onun için ne anlama geldi-ğini sorgulamak yerinde olacaktır. Şüphe yok ki bazıları için bu, mark-sizmden, yani sosyalist yasallık ilkesi çerçevesinde hukukun yalnızca si-yasi projeye bağımlı bir üstyapı olduğu fikrinden uzaklaşmanın bir yolu-dur. Bu bakış açısıyla, hukuk devletinin yeniden doğuşu özgürlüklerin gü-vence altına alınması şeklinde ortaya çıkar; yani yurttaşların koruyucusu niteliğini taşıyan fakat aynı zamanda demokrasi kavramından daha az gereklilik dayatan bir kavram olarak. Çok sayıda yabancı gözlemcinin de peşinen kabul ettiği gibi, Afrika'nın yeni rejimleri eski batılı demokrasile-rin sağladığı güvenceleri sunmaktan bir hayli uzaktır; buna karşılık, on-lardan beklenen kendi kendilerine koydukları kurallara saygı göstermele-ri, daha açık bir ifadeyle, bir devletin vermiş olduğu sözlerle bağlı olduğu ilkesine uymalarıdır.

Temel yasaları bu açıdan inceleyecek olursak, önsözlerinde hukuk devleti-ne dolaylı bir atıfta bile bulunmayan ancak beş ülke olduğunu saptarız. Oldukça paradoksal bir biçimde bu ülkeler, Kamerun, Fildişi Sahili, Fas, Senegal ve Tunus'tur: Bu ülkeler demokrasi karşıtı oldukları için değil, tersine anayasal metinleri bu kavramın yeniden moda olmasından daha önceki bir dönemde kaleme alınmış olduğu için. Ayrıca, kullanılan termi-noloji farklılaşma gösterir. Kongo Anayasası'nın önsözünü kaleme alanlar, "hukukun (...) hakim olduğu adem-i merkezi bir devlet" ifadesine yer ve-

rirken, Gabon Anayasası'nda hukuk devletinden çok "cumhuriyetçi yasalık" ilkesinden söz edilmektedir ki cumhurbaşkanının yemininde de bu ifade tekrarlanır (m. 12/2). Üç diğer önsözde hukuk devleti yerine "hukukun üstünlüğü" ibaresi tercih edilmiştir; bunlar, bu önceliğin anayasasının temelini oluşturduğunu belirten Cezayir, onu "demokratik yollarla oluşturulmuş yasalara karşı saygı" ile eşdeğer tutan Gine ve ona temel hakların sıralanmasına zemin oluşturma işlevi yükleyen Moritanya. Son olarak, altı önsöz, hukuk devleti kavramını doğrudan başka fikirlerle birleştirerek kullanır. Benin, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Mali hukuk devleti ile çoğulcu demokrasi ve hakların güvence altına alınması arasında koşutluk kurar. Benin ayrıca onu insan haklarının korunmasıyla, Orta Afrika Cumhuriyeti ise en zayıfların haklarının korunmasıyla özdeşleştirir. Burkina Faso ve Togo ise, onu toplu ve bireysel hakların savunulmasıyla bir tutar. En geniş tanımı, onu "halk ve kamu erklerinin, bağımsız bir yargı denetimindeki aynı hukuksal normlara tabi olduğu" bir devlet olarak tanımlayan Madagaskar Anayasası yapmıştır. Şüphesiz bu basit ve halkın büyük kısmı tarafından anlaşılacağını umduğumuz tanım aynı zamanda en mutluluk verici olandır.

\*\*\*

Demokrasiye geçiş sürecinde olan Afrika ülkelerinin temel yasalarının tümünde, özellikle de sundukları özgürlüklere dair hükümlerde görülen bir uluslararası hukuka uyumlu hale getirme çabası gözlemcilerin kuşkulmalarına sebep olmuştur. Aslında, son beş yıl içinde kabul edilmiş olan metinlerin gösterdiği gelişmeleri vurgulamak, gerçekçi olmaktan ziyade sırf programda yer alsınlar diye konulmuş sağlık hakkı, eğitim veya kültür hakkı, hatta Burkina Faso anayasa yapıcısının 27 Ocak 1997 tarihli anayasa değişikliğiyle metne kattığı spor faaliyetlerinde bulunma hakkı (m. 18) gibi düzenlemeler üzerine methiye düzmekten çok daha tutarlı bir yaklaşım olacaktır. Her ne kadar bazı maddelerde mutlaka yerine getirecek vaatlerden çok hedefler söz konusuysa da, metinleri kaleme alanların samimiyetinden şüpheye düşmemek gerekir.

Yeni Afrika temel yasalarının başında son derece zengin hak bildirelerinin bulunmasını üçüncü dünya ülkelerinin hemen tamamında görülen genel bir harekete bağlamak yerinde olacaktır. Kabaca bir analizle, bu hareketi yirminci yüzyılın ortalarında veya İkinci Dünya Savaşı'nı takip eden dönemde ortaya çıkan bir modanın devamı gibi düşünebiliriz. Bununla birlikte, hak bildirelerinin 20. yüzyılın bitiminde neredeyse dairesel bir yeniden doğuş yaşamış olmalarında biraz özgün bir anlam da yok değildir. Bu durum, yöneticilerin uluslararası toplumun –özellikle de Birleşmiş Milletler ve onun bölgesel kurumları tarafından- dile getirdiği isteklere uyma arzusunu göstermektedir. Dünyanın diğer bölümlerinde, örneğin eski Hindicini ve bilhassa Kamboçya'da baskı kimi zaman öylesine kuvvetli oldu ki, yerel anayasa yapımcılar kendi ülkelerini ilgilendiren uluslararası anlaşmalarda ifade edilen isteklere neredeyse harfi harfine uymalarının en yerinde hareket olacağına inandılar. Bu düşünce biraz daha ileri götürülürse, özgürlüklerin koruyucusu olan büyük metinlere ve aynı şekilde hukuk devleti ilkelerine gösterilen bu saygının yöneticilerin zihninde yetmişli yıllarda iki kutuplu rant olarak tanıtılan olgunun yerini aldığı öne sürülebilir; yani uluslararası toplumun eskiden çelişkili şimdise birleşmekte olan beklentilerinin ekonomik ve mali yardım amacıyla sömürülmesi olgusu.

Afrika'nın Fransızca konuşulan ülkelerine gelince, La Baule tarafından Haziran 1990'da yapılan konuşmanın oynadığı harekete geçirici rolü anlamak adettendir. Bağımsız devletlerin iç işlerine olağandışı bir müdahalede bulunmak gibi görülebilecek bazı öneriler, tam da bir liberalleşme hareketi ve ülkelerin seçkinlerinin beklentilerine uygun bir döneme denk düştüğü için daha iyi bir kabul gördüler. Gerek temel metinlerinde gerekse siyasi hayatlarında liberal değerlere yer açmak için her ülkenin gösterdiği özgün çabanın ötesinde gerçek bir anayasal eşbiçimlilik olgusuna doğru yol almaktayız. Uluslararası düzeyde hazırlanmış bildirelerden olduğu kadar komşuları tarafından kabul edilmiş ifadelerden de esinlenen Afrika devletlerinin, yurttaşlarına tanımaya hazırlandıkları özgürlüklerin sunumu ve sıralanması konularında gitgide birbirlerine yakınlaşmakta olduklarını görüyoruz.

Çeviren: Ar. Göv. Bediz YILMAZ  
(Mersin Üniversitesi)

## Oturum Başkanı

---

Sayın Prof. Martin'e çok teşekkür ediyorum.

Vakit geçirmeden hemen sözü Sayın Prof. Fazıl Sağlam'a vereceğim; ancak kısa bir özgeçmişini size hemen sunacağım: Sayın Sağlam, 1940 yılında Trabzon'da doğdu. 1963'te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. 1971'de Almanya'nın Köln Üniversitesinde iş hukuku dalında doktora yaptı. 1973 yılında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde göreve başladı. 1980 yılında anayasa hukuku dalında doçent oldu. 1983 yılında üniversite öğretim üyeliğinden istifa ederek İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olarak çalıştı. 1995-96 yıllarında İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Üyeliği ve Başkan Yardımcılığı görevlerinde bulundu. 1999 yılında Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde anayasa hukukunda profesörlüğe yükseltilen Sayın Sağlam'ın iş hukuku ve anayasa hukuku alanında yayın ve çalışmaları vardır.

Söz Sayın Prof. Dr. Fazıl Sağlam'ın; buyurun efendim.

## Prof. Dr. Fazıl Sağlam

---

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

### Türkiye'de İnsan Hakları ve Demokrasi Kavramlarında Bazı Yanılgılar

Yapmayı düşündüğüm konuşmanın daha iyi anlaşılabilmesi için konuşmanın

başlığında yer alan insan hakları ve demokrasi kavramlarına bir de hukuk devleti kavramını eklemek yerinde olur. Değerli meslektaşım İbrahim KABOĞLU'nun bir yazısında çok güzel bir biçimde vurguladığı gibi:

*“Birey, toplum ve devlet ilişkisi, çoğulcu siyasal rejimlerde “özgürlük, demokrasi ve hukuk” üçlüsü ile örtüşür. Her biri ikinci aşama-*



*da özgür birey, demokratik toplum ve hukuk devleti kavramlarına dönüşür.” (İbrahim KABOĞLU, Anayasa ve Toplum, İmge Yayınları Ankara 2000, s.101)*

Sağlıklı bir demokrasi bu üç kavramın optimal bir düzeyde birbirini tamamlaması ile gerçekleşir. Bu nedenle demokratikleşme derken bu üç kavramla sağlanan bütünlüğü kastediyorum. Demokratikleşme sürecine bu üçlü kavramsal çerçeveden bakıldığında, Türkiye’de bu süreç içinde bazı yanlışların yaygın bir biçimde yer aldığı göze çarpıyor. İşte konuşmamda bu yanlışları üç ana başlık halinde irdelemek ve tartışmaya açmak istiyorum.

### **1. Yanılgı : Türkiye, Avrupa Birliğine Girmeden Sağlıklı bir Demokrasi kuramaz**

Avrupa standardında bir demokratik düzenin, Türkiye açısından da ulaşılması özlenen bir hedef olduğu kuşkusuzdur. Ancak son zamanlarda yaygın olan bir görüşe göre, bu hedefe ancak Avrupa Birliği’ne üye olmakla ulaşılabilir. Bunun için Avrupa Birliği organlarının öngördüğü programa titizlikle uyulmalı, onların belirlediği ödevler yerine getirilmelidir. Buna karşı çıkmak demokratikleşmeye karşı çıkmak demektir. Tabii bu görüş, aynı zamanda Avrupa’nın Türkiye’de gerçekten insan haklarına dayanan demokratik bir hukuk devleti düzenini istediği varsayımına dayanıyor.

Kısaca özetlediğimiz bu görüş büyük bir yanılgının ürünüdür.

Bir kere Türkiye’nin siyasal tarihine baktığımızda, demokratikleşme yönündeki başlıca hamlelerin, dış dinamikten çok iç dinamiğin ağır baştağı dönemlere rastladığını görüyoruz. Tanzimat ve 1. Meşrutiyet dönemlerinde dış etkilerin ağır basmasına karşılık 2. Meşrutiyette iç dinamiğin belirleyici oluşu, bu konuda verilebilecek ilk örnektir.

Bunun gibi Egemenliğin ulusa mal edilişi ve Cumhuriyetin kuruluşu **Avrupa’ya rağmen**, bir kurtuluş mücaledelesi ile ulaşılmış bir sonuçtur.

Ama bu konuda verilmesi gereken asıl örnek, 1961 Anayasası’nın getirdiği dönüşümdür. Türkiye 1961 AY ile herhangi bir dış dinamiğin etkisi olmaksızın çoğulcu demokrasiye geçmeyi başarmıştır. Bu Anayasa, Cumhu-

riyete, **insan haklarına dayanan demokratik bir nitelik** kazandırmıştır. Bu niteliği tamalayıcı bir atılım olarak ve yer yer Avrupa'daki benzerlerini aşacak düzeydeki kurumlarıyla **sosyal hukuk devleti** ilkesini gerçekleştirmiştir.

Öyle ki Türkiye bu anayasal yapısıyla bugün yeni bir buluşmuş gibi sunulan Kopenhag Kriterleri'ni ilke olarak karşılayacak düzeydeydi. Ve bu düzeyin kazanılmasında dış dinamiklerin belirleyici bir rolü yoktu. Aksine dış dinamiklerin zaman zaman köstekleyici bir rol oynadığı da söylenebilir.

İnsan hakları, demokrasi ve hukuk devleti kavramlarının, Avrupa Birliğini bir arada tutan temel değerler olduğu doğrudur. Ancak Avrupa Birliğini oluşturan ülkelerin bu değerlerin Türk siyasal yaşamında gerçekleşmesini istediğinden kuşku duyuyorum. Ve bu kuşğumun her geçen gün doğrulandığını görüyorum.

Katılım Ortaklığı belgesi çevresinde vurgulanan, ön plana çıkarılan beklentilerin Türkiye'nin demokratikleşmesine bir katkı sağlayabileceğini söyleyebilir misiniz ? Nedir öne çıkarılan talepler: Kıbrıs sorunu, Ege sorunu, Ermeni sorunu Kürt Sorunu ve Siyasal İslam. Bunların ilk üçü bir dış politika konusu. Diğer ikisi ise Türkiye'nin üniter ve laik devlet yapısı içinde ve demokratikleşme sürecinde çözülecek sorunlar. Yani başka bir deyişle siyasal İslam ve Kürt sorununun aşılması, Avrupanın dayatmak istediği gibi demokratikleşmenin bir ön koşulu değil, tam tersine ancak demokratikleşme içinde çözülebilecek sorunlardır.

Avrupa'nın Türkiye için belirlediği öncelikler, Türkiyede demokrasinin yerleşmesini değil, milliyetçiliğin daha da tırmanmasına sağlayacak nitelikte taleplerdir. Bunu kavrayabilmek için Türkiye'deki siyasal güçler dengesinin geçirdiği değişime bir göz atmak bile yeterlidir.

Avrupanın belirlediği öncelikler, Türkiye'de demokrasinin askıya alınması sonucunu doğuracak büyük riskler taşımaktadır. Ve bu gerçeği Avrupa'nın bilmemesi mümkün değildir.

Görünen odur ki her ne pahasına olursa olsun Avrupa Birliğine girme amacına endekslenen bir demokrasinin varacağı sonuç, tanzimat dönemi-

ne benzer bir bağımlılıktır. Türkiye’de demokratikleşme gerçekten isteniyorsa bu Avrupa Birliği girişiminden bağımsız bir hareket olmalıdır.

Bu bağlamda ayrıca vurgulanması gereken önemli bir nokta da şudur: İç hukukta demokratikleşme yönünde yeterli bir reform sağlamadan, salt Avrupa Birliği’ne girişimizi kolaylaştırır düşüncesiyle AİHM’ne kişisel başvuru yolunun açılması ve AİHM’nin zorunlu yargı yetkisinin tanınması, bazı yararları yanında büyük sakıncaları da birlikte getirmiştir. İç hukuk düzenimizde yargısal denetime kapatılan alanların yaygınlığı ve yargı organının etkisizliği, hukuksal sorunlarını ülke içinde çözemeyen yurtaşları AİHM kapısına yığmıştır. Mahkeme, özellikle Güneydoğu Bölgesi’nden gelen şikayetlerde dava yollarının tüketilmesi koşulunu aramama ya başlamıştır. Buradaki davaların seyri ve içeriği Mahkemede Türkiye ile ilgili bir ön yargının giderek yerleşmesine yol açmıştır. Öyle ki bu Mahkemede bir süre Türkiye’nin avukatlığını yapan Prof. Arslan GÜNDÜZ, yakından yaşadığı bu onur kırıcı durumu “yeni bir adli kapitulasyon” ve “masoşizm” sözcükleriyle nitelemiştir.

Türkiye bu absürd durumu, iç hukukta alacağı acil önlemlerle aşmak zorundadır.

## **2. Yanılgı : Batı demokrasilerinde “Şiddet kullanma” ya da “Şiddeti savunma” dışında her türlü düşüncüyü ifade ve örgütlenme özgürlüğü tanınmıştır.**

Oldukça yaygın bir biçimde savunulan bu görüş, ayrı bir yanılgı odağıdır.

Avrupa demokrasilerinde ifade özgürlüğünün demokrasinin kurucu unsuru olarak benimsendiği ve örgütlenme özgürlüğünün de düşüncenin toplu ifadesi olarak tanındığı doğrudur. Ancak bu özgürlüklerin sınırlanmasında tek ölçütün “şiddet kullanma” ya da “şiddeti savunma” olduğu görüşü bir yanılgıdır. Özgürlükler alanında Batı standardını arıyorsak, bunu bir bütün olarak kavramamız gerekir. Yoksa çoğu kez yapıldığı gibi, özgürlükte Batı’yı örnek gösterip, sınırlamada Batı ilke ve uygulamalarını görmezlikten gelme, samimiyetten uzak bir aldatmaca olur.

Önce en yeni bir belgeden örnek verelim. Avrupa Konseyi’nin siyasal partilerin hangi koşullarda kapatılması gerektiği konusuna ilişkin **Venedik**

**Komisyonu Raporunda şiddete başvurma yanında “ırkçılık, yabancı düşmanlığı ve hoşgörüsüzlük”** gibi ölçütler de yer almaktadır. Ama nedense bu belgeyi kanıt gösterenler, şiddet ölçütüne ağırlık verip, diğerlerini örtme çabasına girmektedir.

Geçtiğimiz ağustos ayında imzaladığımız, ama henüz onaylamadığımız “Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” somut olarak şiddet içermeyen belli düşüncelerin kanunla yasaklanmasını öngörmektedir. Bu sözleşmenin 20. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre:

***“1. Her türlü savaş propagandası kanunla yasaklanır.***

***2. Ayırım, düşmanlık yahut şiddete yol açan ulusal, ırksal yahut dinsel nefret savunuculuğu kanunla yasaklanır.”***

Görülüyor ki bu hükümlerde şiddet, yasaklama ölçütlerinden yalnızca bir tanesidir.

Son zamanlarda ülkemizde tartışma konusu olan TCK m.312/2, Sözleşmenin 20/2. maddesinin bir çeşit yaptırımını niteliğindedir. TCK m.312/2'ye göre

***“Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkca tahrik eden kimse bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır..”***

TCK m.312/2'yi Sözleşmenin yukarıda anılan 20/2. maddesi ile bir arada okuduğunuz zaman, aradaki bağlantı hemen göze çarpar. Esasen ***“Halkı, sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkca tahrik”*** fiili hiçbir özgürlüğün kullanım alanı içinde olamaz. TCK m.312/2 benzeri hükümler diğer demokratik ülkelerde de mevcuttur.

Bu açıdan bakılınca 312. maddenin ilke düzeyinde uluslararası standartlar açısından bir insan hakları sorunu ya da bir demokrasi kusuru olmadığı ortaya çıkar. **Kusur aranacaksa, bu maddenin Türkiye'deki uygulanış biçiminde aranmalıdır.** Uygulama sorununun aşılması için en etkili yol 312. maddenin yorumlanmasında düşünce özgürlüğünün demokrasi için kurucu unsurunu gözönünde tutacak bir perspetkinin etkili kılın-

masıdır. Bunu sağlayacak yöntem de Anayasa Şikayeti yoludur. Anayasa şikayeti, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen kişilere, diğer dava yollarını tükettikten sonra, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının tanınmasıdır. Temel hak ve özgürlükleri ihlal eden kesinleşmiş yargı kararları da anayasa şikayetinin kapsamı içindedir. Anayasa şikayeti, yargı açısından bir temyiz yöntemi olmayıp, **sorunun temel hak ve özgürlükler perspektifi ile gözden geçirilmesini**, bu açıdan bir hak ihlali saptanmışsa, ihlalin giderilmesini sağlamakta ve bu açıdan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'ne yapılan bireysel başvurulara benzemektedir. Bu yöntem, AİHM'ye yapılacak bireysel başvurudan önce, sorunun Türkiye'de çözülmesi imkanını sağlayacaktır. Böylece anayasa şikayeti, insan haklarına ilişkin sorunların öncelikle ülke içinde çözülmesine yönelik bir süzgeç işlevi yerine getirmiş olacaktır.

**3. Yanılgı :** *“Demokrasinin bir özelliği bünyesinde her an bir risk taşımasıdır.”*

Bu görüş mücadelecı (militan) demokrasi anlayışı ile aşılmıştır. Militan demokrasi anlayışı, **İkinci Dünya Savaşından önce İtalya ve Almanya'da faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerin az-çok demokratik seçimlerle iktidara geldikleri** deneyimine dayanmaktadır. Bu deneyimin gerek uluslararası insan hakları belgelerine ve gerekse ulusal anayasalara yansıyan somut sonuçları, kendini savunan, mücadelecı bir demokrasi anlayışını doğurmuştur.

Bu anlayışın ayrıntılarına girmeden *“Demokrasinin bir özelliği bünyesinde her an bir risk taşımasıdır.”* şeklindeki görüşün taşıdığı yanılgıyı somut ve güncel bir olayla açıklamak istiyorum.

Son zamanlarda partiler arası pazarlıkların gündemden düşmeyen bir unsuru haline gelen bir görüşe göre, parti kapatma, parti etkinliğinde işlenen bireysel suçların yoğunluğuna bağlı kılınmalıdır. Bu görüş yanılgı olmanın da ötesinde kaba bir aldatmacadır.

Bu konu, ilk kez DEMİREL'in Cumhurbaşkanlığı süresini uzatma girişiminin bedeli olarak Anayasanın **69. maddesinde yapılmak istenen değişiklik**le gündeme gelmişti. **69. maddede yapılmak istenen değişiklik şöyleydi: Partilerin kapatılması, üyelerinin, parti yasaklarına ay-**

**kırı eylemler nedeniyle kesin hüküm giymesi** koşuluna bağlamak istenmişti. Bu değişiklik AYM tarafından iptal edilmiş bulunan eski hüküm yeniden ihyası anlamına geliyordu. Şimdi aynı girişim, Meclise sevkedilen Anayasa değişikliği paketi içinde yeniden gündeme alınmış bulunuyor.

Olayın daha iyi kavranabilmesi için Anayasa'nın 24. son fıkrasındaki yasağı hatırlatmak gerekir. Bu hükme göre:

*“Kimse devletin sosyal, ekonomik ve siyasi temel düzenini kısmen de olsa din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar sağlama amacıyla her ne surette olursa olsun, din veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz.”*

Bu hükümde yer alan **din istismarı yasağı**, laiklik ilkesine aykırı eylemlerin de asgari bir tanımını vermektedir. Bu kuralın bireysel düzeyde cezai yaptırımını TCK m.163'de öngörülmüştü. Bu madde 1991 yılında kaldırılınca, parti üyelerinin birey olarak bu yasağa aykırı eylemlerinden kesin hüküm giyme imkanı kalmadı. Hele 312/2 de kaldırılırsa, din istismarının bu madde kapsamındaki eylemleri de suç olmaktan çıkacak. Oysa Anayasamızda **antilaik eylem ve din istismarı yasağı siyasi partiler için devam ediyor.**

Bireysel eylem ve parti eylemi arasında gözetilen bu farklılık bir çelişki değildir. Çünkü bireylerin ifade özgürlüğü ile siyasal parti olarak örgütlenmiş bireyler topluluğunun ifade özgürlüğü, devlet ve toplum yaşamında farklı etkilere sahiptir. Buna bağlı olarak AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında bu özgürlüğün kullanılması ile ilgili olarak öngörülen **“görev ve sorumluluk”** derecesi, Anayasa ve hukuk düzeni tarafından kurumsal güvence ve buna bağlı ayrıcalıklarla donatılmış olan **siyasal partiler için bireylere oranla daha ağır bir “görev ve sorumluluk”** olarak düzenlenebilir. Başka bir deyişle laiklik ilkesine aykırı bir düşüncenin birey tarafından ifade edilmesi ile bir partinin faaliyet amacı olarak açıklanması ve parti üyelerince bu yolda yoğun eylemler yapılması arasında büyük farklılıklar mevcuttur. Laiklik ilkesine ve özellikle din istismarı yasağına aykırı bir düşünce açıklamasının bir siyasal partinin lideri ya da par-

ti üst mercileri tarafından faaliyet amacı olarak belirlenmesi, doğaldır ki o ülkenin laik rejimi bakımından, bireysel düşünce açıklamasına göre **çok daha yakın bir tehlike** oluşturur. Bu nedenle **örgütlü düşünce açıklamasının tehlikenin boyutuna göre bireysel düşünce açıklamasından daha farklı yaptırımlara bağlanması** da doğaldır. Ülkemizde de durum böyledir.

Şu halde şayet Anayasa'nın 69. maddesinde yapılmak istenen değişiklik gerçekleşirse, **şariat düzeni kurma yönünde faaliyet gösteren bir partiyi kapatmak imkanı kalmayacaktı**. Çünkü genel başkan da dahil olmak üzere partinin ileri gelen milletvekilleri ya da üyeleri tarafından mecliste veya meclis dışında açıkça ve yoğun bir biçimde bu yönde faaliyet gösterilse bile, bu eylemler bireysel düzeyde suç oluşturmayacağından o partiyi kapatmak mümkün olamayacaktı.

O halde yapılmak istenen değişiklik, parti özgürlüğünü genişletme değil, şariatçı partilerin kapatılmasını imkansız kılma sonucunu doğuracaktı. Böyle bir sonucu mücadeleci demokrasi anlayışı ile bağdaştırmak mümkün değildir. Çağdaş anlamda demokrasi, kendi düşmanının riskini üstlenen bir rejim değildir.

Bu nedenle *"Demokrasinin bir özelliği bünyesinde her an bir risk taşımasıdır."* şeklindeki görüş de ayrı bir yanılginın ürünüdür.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Sağlam'a çok teşekkür ederim.

Bu arada yine bir hususu hatırlatmak istiyorum: Sayın konuşmacılara, konuşmalarıyla ilgili soru yöneltmek isteyen sayın konukların sorularını yazılı olarak bana ulaştırmalarını rica ediyorum.

Sözü Sayın Prof. Dr. Sait Güran'a vereceğim; ancak önce kısa bir özgeçmişini size sunmak istiyorum: Sayın Güran, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdi. Mesleğe aynı fakültede İdare Hukuku Asistanı olarak başladı. Colombia Üniversitesi Hukuk Fakültesinde yüksek lisans, İstan-

bul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde doktorasını yaptı; şu anda aynı fakültede Profesör olara görev yapmaktadır. Sayın Güran'ın, idare hukuku, anayasa hukuku, kamu yönetimi ve hukuk öğrenimi konularında yayınları vardır.

Söz sizin Sayın Güran; buyurun efendim.

### **Prof. Dr. Sait Güran**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**  
**İdare Hukuku Öğretim Üyesi**

## **DİN VE İNANÇ HÜRRİYETİNİN ÖZGÜR KULLANIMINA BİR ÖRNEK OLAY**

Bir süredir nedenini merak ediyorum; doğrusunun bilinmesine karşın, Hukuk'ta, niçin çoğu şeyin hep yanlış konuşuluyor, ısrarla savunuluyor ve yapılıyor? Yoksa, biz öğretim üyeleri, artık, hukuk fakültelerinde, yanlışları mı doğru diye öğretmeğe başladık? Fakat görüyorum ki, bu durum, eski-yeni mezun, o veya bu kişi, makam veya kurum, yahut o ya da bu fakülte farkından ileri gelmiyor. Kavram kargaşası da değil, "kavram çarpıtması" yapılıyor. Halbuki, her şey o kadar basit, o kadar net ki; yeter ki Hukuk'un o güçlü mantığı, çok ve sırasında zıt faktörleri bir bileşkeye çeviren mühendisliği izlensin.

Basit ve net olan ne mi? İnsanların nesiller boyu ebediyen yaşatmak ve içinde yaşamak istedikleri "düzenli toplum"dan (1) ne amaçladıklarını ve bunun siyasal-hukuksal örgütü ve görevlisi Devlet'e verdikleri misyonu ifade eden "kurucu belge Anayasa"ya bakmanın yeterli olması.

(1) Orderly society.



Önce kendi Anayasamıza bakalım. Devletin temel amaç ve görevlerini açıklarken, ne diyor 5. madde (2); ne sadece bağımsızlık, Cumhuriyet ve demokrasi, ne sadece kişinin ne de sadece toplumun refahı, ne sadece hürriyetler, ne de sadece diğerleri; *“hepsinin birlikte”* gerçekleşmesini öngörüyor.

İki yüz yılı aşkın süre geriye gidelim ve ABD Federal Anayasa’sının kısacık Başlangıç kısmını okuyalım. (3) ABD halkı, kendileri ve gelecek kuşaklar için ne diyor ve neyi amaçlıyor; hem daha mükemmel siyasal birlik sürsün, hem Ülke’de güvenlik, kamu düzeni ve adalet sağlansın, hem de refah yükselsin, hem de hürriyetlerin nimetlerinden yararlanılsın.

O halde, bütün bu zıt ve paralel unsurlar, bir birlikteliğin sistematığı ve uyumu içinde, “birbirini hem tamamlayan, hem de sınırlayan rasyonel-işler bir ilişki” oluşturacaktır. İşte, çok faktörlü bu ilişkinin formülünü, “çağdaş zihniyetli hukukçu”nun güçlü mantığı ve mühendislik donanım ve yeteneği bulacak ve Anayasa Mahkemeleri veya Yüksek Mahkemeler tarafından, “Ülke’nin en üstün ve tek Hukuku” olarak kaleme alınacak; bir yanda, kamu makamlarının görevleri, kullanılabilir yetkileri ve sınırları, diğer yanda, vatandaşların hakları, hürriyetleri, ödev ve yükümleri ile bunların da sınırları, Yasama tarafından, buna göre belirlenecek; Yürütme-İdare tarafından, buna göre uygulanacak; hukuksal dava ve uyuşmazlıklar, Yargı tarafından, gene buna göre çözümlenecektir.

Bu incelememizde, bu noktadan hareketle, Anayasa Hukuku konularının tartışılacağı Anayasa Hukuku Kurultayı’nın, Temel Hak ve Özgürlükler başlıklı açık oturumunda, Türkiye ve Avrupa’dan yapılacak olan katkılara, Dünya’nın en eski ve en uzun ömürlü yaşayan, en deneyimli yazılı

- (2) Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah,huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.
- (3) We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

Anayasasının hukuk sistemi olan ABD'nden, din hürriyetinin eylemli kullanımını alanında yaptığım bu çalışmayla, bir eksiği tamamlayarak boyut kazandırmak istedim.

#### City of Boerne v. Flores Kararı (4)

Texas'ta, San Antonio yakınındaki Boerne kasabasında, Katolik St.Peter ve Apostle Kilisesi, 1920'lerin İspanyol stilinde taklid edilerek yapılmış olan ve o tarihteki 230 kişilik kapasitesini, 2170 kişiye ulaşan cemaatine hizmet verebilmesi amacı ile kilise binasını genişletmek için ruhsat başvurusunda bulunmuş; ancak, "yapının bulunduğu semt, tarihî koruma alanı olarak zonlandığından", talep, bu gerekçe ile reddedilmiştir. Kilise binasının kendisi tarihî eser olmamakla beraber; ön yüzü itibariyle, şehrin tarihî dokusu içinde mütalâa edilmektedir. (5)

Konu, San Antonio Katolik Başpiskoposu Flores'in açtığı dava üzerine, işlemin, din ve inanç hürriyetine ve 1994 yılında çıkartılan Din Hürriyetinin Restorasyonu Kanunu'nun (6) Anayasa'ya aykırılığı meselesi ile Yüksek Mahkeme'nin 1990 yılında verdiği Employment Division, Dept. of Human Resources of Oregon v. Alfred L. Smith kararında (7), din ve inanç hürriyeti ve eylemli kullanımı hürriyeti bağlamında uygulanan "test" noktasında odaklanmış şekilde Yargı'ya intikal etmiştir.

San Antonio'daki tek yargıçlı Federal mahkeme (District Court), anılan kanunu Anayasa'ya aykırı bulmuş; üç yargıçlı 5.Bölge New Orleans Mahkemesi (Court of Appeals) ise alt mahkemenin kararını bozmuş ve kanunu Anayasa'ya aykırı saymamıştır.

- (4) 494 US 872; kısaca Boerne kararı.
- (5) Davanın, Yüksek Mahkeme'den de geçmesi tamamlandıktan sonra, 12 Ağustos 1997'de, Boerne Şehir Meclisi, oybirliği ile bir "çözüm"e gitmiş ve Kilise'nin, orijinal kilise binasının arkasında ve onun tarafından kısmen gizlenen 850 kişilik yeni bir bina yaptırmasına izin vermiştir. Eski kilise binasının büyük kısmını onarılması ve aynen muhafazası koşulu da eklenmiştir. ... Michael W. McCONNELL: Institutions And Interpretation: A Critique of City of Boerne v. Flores, 111/1 Harvard Law Review 163 (1997)
- (6) Religious Freedom Restoration Act (kısaca RFRA); Restoration, sözlüklerde, to bring back, to make strong again, re-establish, to repair ve eski haline koymak olarak tanımlanıyor.
- (7) 494 US 872; kısaca Smith kararı.

Yüksek Mahkeme ( US Supreme Court), davaya, sadece RFRA'in Anayasa'ya uygunluğu noktasının incelenmesi sınırlaması ile bakmaya karar vermiş; 25 Haziran 1997 günü, kanunu, esas itibariyle, Federal Anayasa'nın uygulanmasına ilişkin yasama faaliyeti bağlamında, Federal-Federe Devlet ilişkileri ve yetkileri açısından Anayasa'ya aykırı bulmakla beraber; 1990 tarihli Smith kararında uyguladığı testi de gözden geçirmiş ve onayladığını bildirmiştir.

İşin ilginç yanı, 6-3'lük çoğunluğu, kararın yazarı yargıç Anthony M. Kennedy ile birlikte iki en liberal yargıç John Paul Stevens ile Ruth Bader Ginsburg'un yanı sıra, Mahkeme'nin üç en muhafazakâr üyesi başyargıç William H. Rehnquist, yargıç Antonin Scalia ve yargıç Clarence Thomas'ın oluşturmasıdır. (8)

Boerne kararının daha ilgi ve özellikle dikkat çekici olan bir başka yanı da, Yüksek Mahkeme'nin, iki yüz yıl ve bunca karardan sonra, Kongre'ye, şunu hatırlatmasıdır:

“Bir dava veya uyuşmazlıkta, Anayasa'yı yorumlamak yetkisi, Yargı'ya ait olmağa devam etmektedir.” (9)

Yüksek Mahkeme, bu hatırlatmayı, bilinçli ve amaçlı olarak yapmıştır.

Çünkü, RFRA, “bir yanda dinî grupların, onların yanında da temel hak ve hürriyetleri savunan grupların oluşturduğu geniş cepheli koalisyonun ürünü” olup; yasalasma sürecinde, 450 üyeli Temsilciler Meclisi'nden “oybirliği” ile geçmiş; 100 üyeli Senato'da da sadece “üç” senatörün olumsuz oyu ile karşılaşmıştır. (10) Ayrıca, Başkan Clinton “şahsen” kanunu des-

(8) Boerne kararına ilişkin olarak bu paragraftaki ve bundan sonraki bilgiler için: “High Court Voids Law on Religion” (New York Times, 26 Haziran 1997, Sf.1 ve A28)

(9) “The power to interpret ... remains in the Judiciary.”

(10) Nitekim, Smith kararı ile birlikte, siyasal spektrumda, kararın geniş kapsamlı pratik sonuçlarının olacağını sür'atle gören yukardaki grupların olağanüstü gücü muhalefeti başgösterdi. Çünkü, Smith, örnekleri aşağıdaki kişiler ve durumlar bakımından, Anayasa'nın, din hürriyeti bağlamında ve bu gerekçe ile herhangi bir korunma sağlamadığını ifade ediyordu ve alt mahkeme kararları da bunu gösteriyordu: Örneğin, iş alanında cinsiyet ayırımı yapıldığı gerekçesi ile dava açtıklarında, kadınların Katolik din adamı (kadını) olmalarına izin verilmesi; Müslüman veya Hindu

teklemiş ve buna ek olarak, dava sırasında, Yüksek Mahkeme önünde, RFRA, Clinton Yönetimi tarafından, "RFRA'nın, hiç bir düzeydeki kamu makamının, yasaları, 'zorlayıcı-baskın' bir ihtiyaç göstermeden ve 'mümkün olan en az sınırlayıcı yöntemler ve araçlar' kullanılmadan, din hürriyetinin gereklerinin yerine getirilebilmesini 'esaslı surette engelleyen' (11) şekilde uygulayamayacağı ilkesini koyduğu tezine (12) dayanılarak savunulmuştur. (13) Aslında, burada, olay, bir anlamda, Anayasa'nın Ek 1.

kızların, beden eğitimi dersinde, dinlerinin aşırı uygunsuz saydığı kıyafetleri giymek zorunda bırakılması; homoseksüel haklarını düzenlemiş bulunan şehir yönetimlerinin, kiliseleri, açıkça homoseksüel olan kişileri, dinî ayin lideri veya öğretmen olarak çalıştırmağa zorlaması; Yahudi veya Müslüman mahkûmların, dinen izin verilen veya haram sayılmayan yemek taleplerinin reddi; kendi dinlerindeki "yargılama" buyruğuna, metinci yorum ile inananların, mahkemelerde jüri görevini reddetmeleri halinde cezalandırılması; rahiplerin, "gizli itiraf" sırasında öğrendiklerini açıklamalarının resmen istenmesi ve reddetmeleri hali... İşte, Yüksek Mahkeme'nin, Smith kararı ile birlikte, Amerikalılar, din hürriyetlerini, inançlarının buyruklarına uygun surette eylemler olarak kullanmaları gündeme geldiğinde, rızaları dışında, yönetsel makamların, konusu fark etmeksizin, geniş ölçüde müdahalesine açık bırakılıyordu. Kongre çalışmaları ile yapılan bu tür saptamalar sonunda beliren bu olasılık, Kongre'yi harekete geçirmiştir. (McCONNELL: n.5,159-160)... McConnell, "muhtemelen, free exercise sorunları konusunda, zamanımızın önde gelen bilim adamıdır." GUNTHER: n.23,1255; ... Smith kararı, dinî çevrelerde, din hürriyeti üzerinde aşırı kısıtlama olarak değerlendirildi ve "tüyler ürpertici etki yaptı". Senato Adalet Komitesi Başkanı Senatör Edward M. Kennedy, Amerika'da, din hürriyetin, "Smith kararı durdukça her gün tahribe uğrayacağını" bildirdi. RFRA'nın diğer taraftarları da, Yüksek Mahkeme'nin, Smith kararı ile "din hürriyetinde enkaza sebep olduğunu" ileri sürdüler. Tania SAISON: Restoring Obscurity: The Shortcomings of the Religious Freedom Restoration Act, 28/4 Columbia Journal of Law and Social Problems 679 (1995)...bu makalenin müsveddesi ünlü Anayasa Hukuku profesörü Louis Henkin tarafından gözden geçirilmiştir (id.653); Smith kararının karşıtları, Yüksek Mahkeme'nin "Smith öncesi yaklaşımını, yasama yolu ile geri getirmek için güçlerini birleştirdiler" ve RFRA'ı, "Smith kararını hükümsüz kılmak için" çıkardılar ve bunu da yasanın metnine yazdılar. (id. 657-658)

- (11) Bu satırlardaki tek tırnak içi sözcüklerin metindeki karşılıkları olarak "Compelling" need ... the "least restrictive means available" ... "substantially burden" kullanılmıştır.
- (12) Bu tanımlama, Smith kararının uygulanmasını reddettiği 1972 tarihli Sherbert testinin (Sherbert v. Verner; 374 US 398) kendisidir.
- (13) New York Times, 26 Haziran 1997, Sf.1.

maddesinin metnindeki “din hürriyetinin serbestce eylemli kullanımı hürriyeti” hükmünün (free exercise clause) yorumlanması bakımından Yasama ile Yargı arasında beliren görüş farkı çatışmasının su üstüne çıkmasıdır. Kongre, bu hükmü, “din hürriyetinin kullanımı konusunda “bağımsız ve güçlü bir temel hürriyet (14) yaratmak” şeklinde yorumlarken; Yüksek Mahkeme ise, “din hürriyeti konusunda, basit bir ayırimsızlık normu koyduğu” (15) anlamını veriyordu. Bu çatışma, sonunda, din hürriyetinin mahiyeti ve önemi kadar, Anayasa’nın yorumu hususunda, yargısal denetimin mahiyeti ile Yasama’nın kararlarının rolü konusunu da ortaya atarken; Yüksek Mahkeme, Anayasa’nın yorumlanmasında, Yargı’nın, başkalarını hariç tutan münhasır yetkisinin bulunduğunu varsayıyor; Kongre’nin, Anayasa’yı yorumlamak gerekçesi ile, müesses yargısal içtihadı aykırı düşen içerikli bir yasama yetkisinin olmadığına karar veriyordu. (16) Başka bir deyişle, Yüksek Mahkeme’ye göre, anılan Anayasa hükmünün anlamı, Smith’de zaten belirlenmişti ve Kongre’nin yorumuna açık bir nokta da kalmamıştı. Yüksek Mahkeme, Kongre’nin, Devlet’in bir diğer eşit organı olarak, free exercise hükmünün uygun yorumunu tartışmasını ve Smith yorumunu benimsememesini kabul etmekle beraber; Smith’den sapma sayılan bir yasama faaliyeti içine girilmesini, “Anayasa’nın değiştirilmesi” ile eşdeğer bir girişim sayıyordu. (17)

Çünkü, Yüksek Mahkeme’nin, karar metninde, bilinçli olarak ve kasd ederek ve de ne anlama geldiğini bilerek, doğrudan ve açık bir dille yazdığı gibi:

“Kongre, RFRA’yı, bu Mahkeme’nin, dengeleme testini uygulamayı reddeden Employment Div. Dept. of Human Resources of Oregon v. Smith kararına doğrudan bir karşılık (direct response) olarak yasalaştırmıştır. (18)

(14) A robust substantive liberty.

(15) Establish a modest nondiscrimination norm.

(16) McCONNELL: n.5, 154

(17) id. 165

(18) Smith kararı ile Yüksek Mahkeme’nin getirdiği test, metinde, bu dipnotuna ait cümleyi izleyen satırlardır. Sherbert testi ise, 10 numaralı dipnotunun geldiği cümlede Clinton Yönetimi’nin savunmasındaki tez olarak yazılan kısımdır. Şimdiki, Yüksek Mahkeme’ye bu ve az aşağıdaki “çok ağır” ifadeyi kullandırtan RFRA metnini de

... Smith kararında, genel uygulanma niteliği taşıyan yansız yasaların (neutral, generally applicable laws veya statutes of general applicability), zorlayıcı-baskın bir kamusal yarar (compelling governmental interest) ile desteklenmese bile, dinsel eylemlere uygulanabileceğine hükmetmiştik. Anayasa'nın yorumlanması teşkil eden bu nokta, Kongre üyeleri tarafından, hem Komisyonlardaki oturumlarda, hem de Genel Kurul görüşmelerinde tartışılmıştı; ve pek çok Kongre üyesi, Mahkeme'nin gerekçesini eleştirmişti ve bu suretle ortaya çıkan anlaşmazlık, RFRA'nın yasalaştırılması ile sonuçlanmıştı. ... Anayasa'nın Ek 1. Maddesindeki din hürriyetinin gereklerinin serbestce yerine getirilmesi (free exercise thereof) hükmünün anlamını değiştiren bir yasa, bu davada RFRA'nın dayandırıldığı Anayasal temel yapılan Ek 14. maddenin 5. bendinde Federal Devlet'e tanınan, Anayasa'nın uygulanmasını sağlayacak uygun yasaları yapma yetkisinin kullanımı olarak nitelenemez. Kongre, Anayasal bir hakkı, o hakkın içeriğini değiştirerek uygulayacak değildir." (19) ... Eğer, Yüksek Mahkeme'nin, Anayasa'ya ilişkin bir hükmü bertaraf edilecek ise, bu, olağan yasalar ile değil, ancak, bir "Anayasa değişikliği ile" mümkün olabilir. Aksi halde, şayet, Kongre, yasa ile, Anayasa'nın Ek 14. maddesinin anlamını değiştirerek yetkilerini tanımlayabiliyorsa, artık Anayasa, "olağan yollarla değiştirilemeyen en üst ve üstün hukuk kuralı" olamaz; ve yasama

---

Boerne kararından "alıntı yaparak aktaralım" ki, her şey daha da netleşsin. ... RFRA'nın, yasada belirtilen amaçları şunlardır: (1) Zorlayıcı-baskın yarar testini, Sherbert v. Verner (1963) ve Wisconsin v. Yoder (1972) testlerinde yazılı şekli ile geri getirmek ve din hürriyetinin gereklerinin serbestce yapılmasını esaslı surette engelleyen davalarda uygulanmasını güvence altına almak; ve (2) Dinsel eylemleri, kamu makamlarınca esaslı surette engellenen kişilere, bir iddia veya savunma zemini sağlamak. ... RFRA, kamu makamlarının, kişilerin din hürriyetlerini kullanmalarını esaslı surette engellemesini, genel uygulanma niteliği taşıyan bir mevzuat hükmünden kaynaklanıyor olsa bile yasaklar. Meğer ki, işlemi yapan kamu makamı, engelin, (1) zorlayıcı-baskın bir kamusal yararın geliştirilmesine hizmet ettiğini; ve (2) bu amacın gerçekleştirilmesi konusundaki en az sınırlayıcı yöntemlerle araçlar olduğunu ortaya koyabilsin. ... RFRA'nın bu buyruğu, hem Federal Devlet'in, hem de Federe Devletlerin ve bunların herhangi bir alt biriminin, yasama, yürütme, yargı dallarına, bakanlığına, makamına, bağlı veya ilgili merciine, memuruna veya bu görgü içinde hareket eden diğer kişilere uygulanır.

(19) Boerne kararı.

organının, değişken çoğunluklarına göre, dilediğinde değiştirebileceği olağan bir norm düzeyine iner. (20)

Özetle ve özü itibarıyla, Yüksek Mahkeme, Kongre'ye, Başkan Clinton'a ve özellikle bu ikisini, "eski hale iade" yönünde harekete geçiren seçmen-kamuoyuna üç şey söylüyordu:

Birincisi, bu Anayasa uyarınca, Anayasa hükümlerini sadece "ben" yorumlarım; bunu by-pass etmek veya o metne "benim" verdiğim anlam ve içeriği, "sizin", kanun yapma erkini kullanarak değiştirmek yetkiniz yoktur.

İkincisi, eğer, herhangi bir kararım ile getirdiğim ilkeyi, testi veya yaklaşımı, değiştirmek yahut terk etmek gerekiyor ise, bunu gerçekleştirmek görev ve yetkisini de, Anayasa'nın 5. maddesindeki zor ve ayrıntılı olan "Anayasa'yı değiştirme yöntemi" dışında, Anayasa, "bana" tanımıştır; yok eğer, normal kanun çıkarma sürecini çalıştırarak "siz" yaparsanız, "ben" iptal ederim.

Üçüncüsü, RFRA'yı çıkarmakla, "siz" Başkan ve Kongre olarak (21), "bizim" 1990 tarihli Smith kararımız ile ifade ettiğimiz "din hürriyetinin gereklerinin serbestce yerine getirilmesi hürriyeti"ni belirleyen içtihadımızı ve Anayasa'ya uygunluk testimizi, hem reddettiniz, hem de, o kararımızda, "bizim", bu tür konular bakımından terk ettiğimiz 1963 tarihli Sherbert testini geri getirdiniz. Eski hale iade tutumunuzu ve somut ifadesi olan RFRA'yı, Anayasa'ya aykırı ilân ederken, "genel uygulanma niteliği taşıyan yansız yasaların gözardı edilmesi gibi bir Anayasal hak şeklinde bir anomali üreten" Sherbert testini, tekrar mahkûm ediyoruz ve "zorlayıcı-baskın kamusal yarar ile desteklenme koşulunu ve dengelemeyi aramayan" Smith testini, Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasındaki ifadeyle, "Ülke'nin üstün ve en üst Hukuk'u" olarak sürdürüyoruz.

---

(20) Ibid; Yüksek Mahkeme, bu açıklamaları ile, "Kongre'nin, Anayasa'yı uygulama yetkisinin, Anayasa'nın anlamını değiştirmek yetkisini kapsamadığını vurgularken, ... Anayasa'nın anlamının belirlenmesi bakımından son sözün kendisinde saklı tutulmasının, Anayasal değerlere en iyi şekilde hizmet edeceği düşüncesini taşımaktadır." Richard FALLON: Foreword: Implementing The Constitution, 111/1 Harvard Law Review 128-129 (1997)

(21) ... ve ardındaki kamuoyu.

**1878 tarihli Reynolds'dan 1963 tarihli Sherbert'e**

Anayasa'nın Ek I. maddesindeki "din hürriyetinin gereklerinin serbestçe yerine getirilmesinin yasaklanmaması hükmü (free exercise clause), kişilerin, dinî inançlarının bireysel kullanımı sayılan eylemlere, tutum ve davranışlara, bir engelleme ile karşılaşmaksızın olanak bulmaları amacı ile konulmuştur. (22) Fakat, "din ve inanç hürriyetinin özgürce kullanım güvencesi" olan bu hak, inanç-eylem ayırımından kaynaklanan kendine özgü bir takım farklı sorunları da bünyesinde taşımaktadır. Şöyle ki, konusu, bir dinin lehine veya aleyhine "doğrudan bir düzenleme" teşkil etmemekle ve "din dışı" başka bir kamusal konuda yapılmakla beraber, özgür kullanımı etkileyen "genel içerikli düzenlemeler", haliyle, bireylerin, din hürriyetinin gereklerinin yerine getirmesi eylemleri üzerinde bir takım sınırlamalar, yasaklamalar ve hatta cezalandırıcı sonuçlar doğurabilecektir. (23) Nitekim, konu, 1878 yılında, önüne ilk defa geldiğinde, Yüksek Mahkeme, çok eşliliği suç sayan yasal düzenlemelerin, dinî inançları ve ödevleri gereği çok eşliliğe inanan ve gerçekleştiren Mormonlar'a uygulanmasında Anayasa'ya aykırılık bulmamıştı. (24) Çünkü, Anayasa, yasa organı Kongre'ye, bir din ve inancı resmen yasaklamamak koşulu ile, din ve inanç üzerindeki etkilerine bakmaksızın ve bir "dengeleme işle-

- 
- (22) Burt NEUBORNE: An Overview of the Bill of Rights (Ed. Alan B.MORRISON: FUNDAMENTALS OF AMERICAN LAW, 87, Oxford Univ.Press,1997); Din hürriyeti ile ilgili hükümlerin Anayasa'da yer almasının, Kurucular'ın, deneyimlerinden kaynaklandığı malumdur. Bilindiği gibi, Yeni Dünya'ya gelenlerin çoğu, Devlet'in din ve inanç üzerindeki baskısı ve tercih koyma girişimlerinden kaçmak,kurtulmak amacı ile göç etmişlerdi; Kurucular da, eski dünyada olanların burada da tekrarını önlemek için, bu hükümleri koyarak din ile devlet arasına bir duvar çekmek cihetine gitmişlerdi. Duvar, bir yanı ile, bizim bu incelememizde ilgilendiğimiz "free exercise" konusunda bir set oluşturarak vatandaşların, dinî inanışlarının gereklerini kişisel olarak yerine getirmelerinden ötürü herhangi bir yaptırım ile karşı karşıya gelmelerini önlemeyi amaçlıyordu. (id.87)
- (23) Gerald GUNTHER: INDIVIDUAL RIGHTS AND CONSTITUTIONAL LAW, 1227(The Foundation Press, 5.bası,1992); Dinî uygulamalara ilişkin tahditler, bir takım "secular" nitelikli faaliyetlerin düzenlenmesinin doğal ürünü olarak ortaya çıktığında, bu sorun gündeme gelmektedir. (John E. NOWAK-Ronald D.ROTUNDA-Nelson YOUNG: CONSTITUTIONAL LAW,1053 (West Pub.Co.2.bası,1983)
- (24) Reynolds v. US, 98 US 145 (1878).



ne girişmeksizin", herhangi bir "eylem"i doğrudan yasaklamak yetkisini vermiştir (25); yeter ki, bu düzenleme, Devlete yükletilen kamusal –bu olayda sosyal- görevlerin gereği olsun. (26). Bu bağlamda, örneğin, zorunlu çiçek aşısı yapılması, küçüklerin umumi yerlerde dinî yayın dağıtmalarının yasaklanması gibi sağlık veya küçüklerin korunması ve diğer önemli "secular" kolluk uygulamaları ve bunların din hürriyeti üzerindeki sınırlayıcı, yasaklayıcı, cezalandırıcı doğal etkileri, Reynolds'un bu yaklaşımı 1963 yılına kadar sürdürülerek Anayasa'ya uygun bulunmuştur. (27)

1961 yılına gelindiğinde, Reynolds'un tek faktörlü testinden, "iki faktörlü dengeleme testi"ne doğru ilk adım atılmıştır. Yüksek Mahkeme, muhafazakâr yahudilerin, işyerlerinde, pazar gününü dinlenme günü yapan yasalara karşı, dinî inançlarının başka günü emrettiği, cumartesi günleri çalışmamaları gerektiği ve bu nedenle pazarların tatil olmasıyla ek ekonomik yük altına girdikleri gerekçesi ile açtığı davayı, yasanın: Bu düzenleme ile Devlet'in, "ağır basan" secular bir amaç (28) izlediği; hedeflenen kamu yararının başarılmasında alternatif yolların bulunmadığı ve dinî

---

(25) NOWAK: n.23,Sf.1054

(26) GUNTHER: n.17, Sf.1228; Yüksek Mahkeme, Reynolds'da, çok evlilik olgusunun, geleneksel olarak kınandığını ve karşı çıktığını belirttikten sonra şunu eklemiştir: "Tek eşlilik yasası varken, çok eşliliğe izin verilmesi, dinî doktrinlerin, ülkenin yasalarına üstün tutulması ve sonuç itibarıyla her vatandaşın kendi hukukunu kendisinin belirlemesine müsaade etmek olacaktır ki, bu durumda, Devlet'in (Government) varlığından sadece bir isim olarak söz edilebilir." (ibid) ... Devlet'in çıkarları ile din hürriyeti arasındaki sınırı ilk defa 1878'de çizerken, Yüksek Mahkeme, kilometre taşı Reynolds kararında, "inanç-eylem ayırımı"ni yaparak, dinî uygulamaların, o eylemi düzenleyen yansız yasaların "üstünlüğüne teslim olacağını" açıkça ifade ediyordu. SAISON: n.10, 660; İnanç-eylem ayırımını yaparken, Reynolds'da, Anayasa'nın din hürriyetine ilişkin hükmünün doğumuna kadar inen Yüksek Mahkeme, Thomas Jefferson'un fikirlerinden esinlenerek, şu açıklamalara yer veriyordu: "Anayasa ile Kongre, salt düşünce ve inanç alanında düzenleme yapma yetkisinden tümüyle yoksun kılınmakla beraber, sosyal görevleri ihlâl ya da toplum düzenini tahrip edici mahiyette olan eylemlere el atılmasına izin vermiştir. Ayrıca, Amerikan halkının, toplumsal görevlere ters düşen nitelikte nitelikte doğal hakları da yoktur. (id.662)

(27) NOWAK: n.23,1055-1057

(28) Haftanın aynı tek bir gününün, bütün vatandaşlar için sükunet, dinlenme ve rekreasyon ihtiyacına ayrılması.

uygulamalara en az yükün getirildiği unsurlarından oluşan bir “dengeleme testi” uygulayarak reddetmiştir. (29)

“Dengeleme unsurlu test”, 1963 yılında Sherbert kararı ile birlikte, bu alanda kesinlik kazanıyor ve 1990’na kadar 27 yıllık yaşamına başlıyordu.

### Sherbert Testi

“Seventh Day Adventist” tarikatı mensubu olan kişilerin, kendi dinî inançlarının öngördüğü Cumartesi günü olan dinlenme gününde çalışmayı reddetmesi üzerine, önerilen uygun işleri, geçerli sebep bulunmadan kabul etmeyenlerin işsizlik sigortasının kesilmesi işlemine karşı, Anayasa’nın, free exercise (dinin gereklerinin serbestce yerine getirilmesi) hükmünün ihlâl edildiği savı konusunda verdiği Sherbert kararı ile, Yüksek Mahkeme, yeni bir dönemi başlatıyor; ardından, 1972 yılında, Wisconsin v. Yoder kararı (30) ile de Sherbert testi teyid ediliyordu. Geçen 27 yıl boyunca, genel nitelikli düzenlemelere karşı çıkanlar, Sherbert’den güç alarak Yüksek Mahkeme’ye geldiler ve “din hürriyetinin serbestce kullanımı esası üzerine kurulu olan ve çok dikkatli incelemeye dayanan dengeleme testinin, Anayasa’nın buyurduğu bu istisna kümesini güvence altına aldığı”nı ileri sürdüler.

Bununla beraber, Yüksek Mahkeme, geçen 27 yıl içinde, Sherbert’in analizine, yani uyguladığı dengeleme testine, biçimsel olarak bağlı kaldı ise de, aslında, yansız ve genel nitelikteki düzenlemelere, din hürriyeti gerekçesi ile karşı çıkanların iddialarını, bir hayli sıklıkla reddetti. İşsizlik sigortası ve eğitim bağlamı dışında, Yüksek Mahkeme, sıkı incelemeyi ön gören Sherbert testini izliyormuş gibi görünmekle beraber, özde, uygun düşen başkaca denetim ve değerlendirme yöntemlerine de başvurarak, ge-

(29) Braunfeld v. Brown, 366 US 599 (1961); NOWAK: n. 23, 1057-1058

(30) 406 US 205; bu kararda, Yüksek Mahkeme, Amish cemaati mensuplarının, modern eğitimin çocuklarının dinî inançlarını bozduğu ve yaşam tarzlarına aykırılık taşıdığı için, zorunlu eğitim yasalarından hariç tutulmaları talebini, “zorunlu eğitimden beklenen kamusal yararın”, çocukların Amish toplumu içinde ve kendi kurallarınca yetiştirilmeleri halinde de “lâyıkıyla gerçekleşeceğine kanaat getirerek” kabul ediyor ve istisnaya izin veriyordu. (Bakınız, NOWAK-ROTUNDA-YOUNG: n.23, 1059-1061).

nel nitelikli düzenleme ilkesinden parçalar kopartacak muafiyet konuları yaratmayı reddetti (31); ve buradan, bu yaklaşımla Smith'e ulaşıldı.

Gelişimini bu suretle açıkladığımız Sherbert testi, daha önce yazdıklarımıza da atıfla (32) şu şekilde ifade edilebilir:

Önce, net olarak bilinmelidir ki, din ve inanç hürriyetinin kullanımı eylemleri üzerinde, sadece dolaylı külfetler yükleyen genel uygulama nitelikli yansız yasalara, Yüksek Mahkeme'nin Braunfeld kararı (33) ile tanıdığı ve açıkladığı "üstünlük", Sherbert ile "kaybolmuş" oldu. (34)

(31) GUNTHER: n.23,1234; Unutulmamalıdır ki, Yoder'de bile, Yüksek Mahkeme, dengeleme yaparken, ancak, en yüksek düzeyde kamusal yararın bulunması ve bu yararın başka türlü gerçekleştirilememesi halinde, meşru free exercise iddialarına ağır basacağı kabul ediyordu. Öte yandan, örneğin, Amish tarikatına mensup işverenin, aksi yöndeki dinî inançlarının, aynı tarikatten olan işçileri için sosyal sigorta sistemine "zorunlu" katılım ve para ödemesi engellemeyeceğine, çünkü, bu tür zorunluluğun, sisteminin parasal yaşamının olmazsa olmaz unsuru bulunduğu ve bunun "daha ağır basan" kamusal yarar teşkil ettiğine (United States v. Lee/1982); İnançlarına sıkıca bağlı Ortodoks Yahudilerin, askerî hizmetin gereklerini ve unsurlarını da dikkate alarak, görevlerde üniforma ile birlikte başlarına ufak yuvarlak takkelerini -yarmulke- takmaktan kaçınamayacağına, bu suretle Sherbert testinin "yoğunlaştırılmış inceleme" özelliğini terk ederek kamu yararına açıkça üstün konum tanıdığına (Goldman v. Weinberger/1986); Bazı Kızılderili kabileler tarafından, geleneksel olarak dinî ayinlerinde kutsal mekânlar şeklinde kullanılan ve halen ulusal orman olan yerde yol yapımı ve kereste kesiminin olanaklı bulunduğu ve ortada din hürriyetinin kullanımı yönünden ciddi olumsuz etkiler bulunmakla beraber, karşılaşılan külfetin, daha yoğun bir incelemeyi harekete geçirecek derecede (bu, Sherbert demektir) yeterince önemli olmadığına; ayrıca, "her vatandaşın dinî istek ve ihtiyaçlarının karşılanması cihetine gidildiğinde, Devlet çarkının çalışmasının engelleneceğine" (Lying v. Northwest Indian Cemetery Prot.Assn/1988); 1990 yılında Jimmy Swaggart Ministers v. Board of Equalization'da, herkese uygulanan katma değer ve benzeri tüketim vergilerinden, dinî kuruluşların yayınlarının veya eşyalarının istisna edilmeyi talep haklarının bulunmadığına ve bu kuruluşların üyelerinin aksi yöndeki inançlarının vergi ödemeye engel teşkil etmeyeceğine ... Yüksek Mahkeme karar veriyordu....id: 1237-1242; BARRON-DIENES: n.34, 463-464; NOWAK-RO-TUNDA-YOUNG: n.23, 1059-1061; ... Dinî eylemlerin "mutlak" olarak korunması "hiç bir zaman mümkün olamayacağına göre" ... SAISON: n.10, 663

(32) Bakınız dipnotu 12 ve 18'e.

(33) Bakınız dipnotu 28 ve 29'a

(34) Jerome BARRON-Thomas DIENES: CONSTITUTIONAL LAW, 458 (West Pub.Co. 3.bası,1995).

İkinci nokta, yeni testte –Sherbert- yasanın ayakta kalabilmesi için, önceki sayfalarda yazdığımız gibi (35), “iki aşamalı” bir çıtanın aşılmasının gerektiğidir. Tipik bir “zorlayıcı-baskın kamu yararı unsurlu” dengeleme testi olan ve yoğun bir incelemeyi zorunlu gören bu yargısal denetim yaklaşımında, ilk aşama, bireyin free exercise hürriyeti üzerine getirilen yükün ağırlığının ölçülmesi olup; ikinci adım, yasadaki hükmün, zorlayıcı-baskın ve haklı kılan bir kamusal yararın geliştirilmesine hizmet ettiğinin, bu amacın ağır bastığının ve de vatandaşa, en az sınırlayan (kulfet yükleyen) yöntemler ve araçlara başvurularak gerçekleştirildiğinin ve amacın gerçekleşmesini sağlamaya yeterli alternatif bir düzenlemenin bulunmadığının ortaya konmasıdır. (36)

Yüksek Mahkeme, bu olayda, Devlet’in, testin öngördüğü az önce yazdığımız yükümünü yerine getirmekte başarılı olamadığı kamüsü ile Anayasa’ya aykırılık sonucuna varıyordu. Ayrıca, bunun yanı sıra, yanlış anlamayı ve Braunfeld ile çelişkiyi önleyecek şu noktaları da kararına yazmaktan geri kalmıyordu:

Braunfeld’de, Mahkeme, bütün çalışanlar için tek bir tatil gününün saptanmasında güçlü bir kamusal yarar olduğuna; ve bu secular amacın, “ancak ve sadece” Pazar gününün tatil yapılması ile sağlanabileceğine karar veriyordu. Sherbert’de ise, böyle bir haklılık, yasanın temelini oluşturmamıştır.

Bu kararımız –Sherbert- ile, iş bulmamalarının sebebinin dinî inançları olan herkesin, işsizlik ücretinden yararlanmaları Anayasal hakkının varlığına da hükmetmiyoruz; daha önemlisi, bu kararımız, çalışanların dinî inanışlarının, onları, toplumun üretken olmayan üyeleri yapmağa hizmet etmesine de olanak tanımıyor. Bu gün, sadece, bir çalışanın, işsizlik ücretine hak kazanabilmesini düzenleyen hükümlerin, o çalışanın, tatil günü konusundaki dinî inanışlarını terk etmesini zorlayan şekilde uygulanamayacağını ifade ediyoruz.

(35) Dipnotu 12 ve 18

(36) BARRON-DIENES: n.34, 463; NOWAK-ROTUNDA-YOUNG: n.23, 1058-1059; THE SUPREME COURT-LEADING CASES: 104/1 Harvard Law Review 200 (1990).

Bu açıklamaların sonunda, Sherbert Testi, topluca ve tanım yazılımlı bir içerikle, şöyle belirlemektedir: Bu Test, kamu makamlarının, hem doğrudan doğruya dinî uygulama ve eylemleri hedef alan, hem de bunları ikincil şekilde sınırlayan işlemlerini kapsamakta; mevcut içeriği ile de, bu işlemler karşısında, dinî eylemler lehine bir yaklaşım taşımaktadır (37). Dinî eylemler, genel uygulama niteliği taşıyan yasalar karşısında önceliğe sahiptir; meğer ki, düzenleme konusu eylemler, kamu güvenliğine, kamu düzenine ve huzuruna önemli bir tehdit arz etmesin. ...Başka bir deyişle, bütün dinî eylemler, “geçerli olma karinesi taşır” ve din hürriyetinin serbest kullanımı üzerindeki herhangi bir ikincil yük, zorlayıcı-baskın kamu yararı ile haklı kılınabilir. Bunun anlamı, Reynolds’daki “haklı kılan secular sebep gösterilmesi” şeklindeki “basit” koşulu, büyük ölçüde aşan “ileri” bir noktaya gidilmiş olunmasıdır. (38)

### **Kilisede Kutsal Ayinin Gereği Olarak Uyuşturucu Alma Özgürlüğü Var mı**

Bazı tür kaktüslerden elde edilen ve yeterli miktarda alındığında, belli düzeyde sanal (hallucinogenic) etkisi bulunan bir madde olan “peyote”nin çiğnenmesi, on bin yıllık bir tarihî geçmişi ile, Batı Yarıküre’de sürekli uygulaması olan en eski dinsel inanış ve eylem teşkil etmesine karşın; 1620 yılında, İspanyol Engizisyonu tarafından, “Kutsal Katolik İnancının saflığına ve dürüstlüğüne aykırı bir batıl itikat davranışı” olarak ilân edilmiş; yeni dünyaya çıkan İspanyol fatihler, sonunda, peyote inancını taşıyan yerli (Kızılderili) Amerikalı’ları, iki asır süresince, dinî takibe maruz bırakmıştır. (39)

Birleşik Devletler, süratle, Engizisyon’un yolunu izlemiş ve zora dayanan yöntemle “Kızılderili ırkının Hristiyanlaştırılmasını ve kalkındırılmasını” istemiştir. Bu amaçla, “aydınlanmış” Birleşik Devletler siyasetçileri,

---

(37) SAISON: n. 10, 665; Şayet, zorlayıcı-baskın kamu yararı unsurlu bu test, uniform biçimde uygulanır olsa, genel uygulanma niteliği taşıyan yasalar alanında, “açılacak olan büyük istisna parantezi, Devlet’in etkinliğini tehdit edecektir.” (ibid)

(38) id. 365-366

(39) LEADING CASES: n. 36, 198.

putperest dansları, ayinsel ölü gömme törenlerini, peyote kullanımını ve çeşitli başkaca dinî eylemleri yasaklamıştır. Bu politikanın kültürel ve dinsel alandaki uygulanması girişimleri, karşı koyan Kızılderililerin, çoğu kez yok edilmesine yol açmıştır. (40)

Bununla beraber, bu gün için, peyote, Kızılderililerin dinî bir örgütü olan Yerli Amerikalılar Kilisesi'nin (41) tören ve uygulamalarında, temel bir rol oynar. Her ne kadar, Peyote, Hristiyan Kiliselerindeki ekmek ve şarap gibi kutsal bir sembol işlevi görür ise de, bu yanından ötede bir şeydir. Peyote, özünde, bir ibadet nesnesi teşkil eder; duaların Kutsal Ruh'a adandığı kadar, peyotizm inancında da, dualar, peyoteye yöneltilir. Öte yandan, peyotenin dindışı amaçlarla kullanılması, dinî bakımdan suçtur. (42)

Veriler göstermektedir ki: Olayda, Yerli Amerikalılar (Kızılderililer) Kilisesi, törensel peyote maddesinin dağıtımını ve kullanımını sıkıca düzenlemekte; amaç dışı peyote dağıtımına şiddetle karşı çıkmakta ve bu konuda yeterince korumayı ve denetimi sağlamakta; ortada yasa dışı bir peyote trafiği bulunmamakta; törensel kapsamda peyote tüketimi, Devlet'in, uyuşturucu maddelere karşı yaptığı suç mücadelesini de engellemekte; tören, iki gün boyunca kilise binasında sürmekte, zaten alınan peyotenin etkisi, cemaatin, tören bitiminde kiliseden ayrılmasından oldukça önce kaybolmakta; Kilise yönetimi, ayin süresince, meraklı izleyicilerin varlığına kesinlikle izin vermemektedir. (43)

Diğer taraftan, 200.000 kişiyi aşkın insanda, peyote'nin bağımlılık yaptığına veya kötü davranışa yol açtığına dair herhangi bir veri bulunmadığı

(40) Örneğin, Siyu Hayalet Dansı'nın (Sioux Ghost Dance) önlenmesi girişimleri, 1890 yılındaki Yaralı Diz Katliamı'na (Wounded Knee Massacre) sebep olmuştur. (ibid)

(41) Native American Church

(42) LEADING CASES: n. 36, 198

(43) İd. 207-208; Yargıç Blackmun'un, Smith kararında yazdığı karşı oydan, bu bilgilere ek olarak şunları aktarabiliriz: Peyote, Kilise'nin üyeleri tarafından nâdiren kötüye kullanılmaktadır. Aslında, Kilise'nin doktrini, peyotenin din dışı amaçla kullanılmasını yasakladığı gibi, genelde, özgüveni, aile sorumluluğunu ve alkolden uzak durmayı savunmaktadır. ... Kilise tarafından verilen manevî ve sosyal destek, alkol kullanmanın Yerli Amerikan (Kızılderili) halkı üzerindeki trajik etkilerle mücadele etmek konusunda olumlu sonuç doğurmuştur.

saptanmış; zaten, peyote çığnemenin, esas itibariyle, çok sıkıntı veren zor bir şey olduğu ve miğde bulantısı dahil bazı hoş olmayan bedensel tepkilerin düzenli surette meydana geldiği görülmüş; kromozonsal bir inceleme, peyoteyi sürekli alanlarda veya uzun yıllardır peyote kullanan etnik gruplarda, daha yüksek bozukluklara rastlanıldığını ortaya koyamamıştır. Kaldı ki, ülke çapında el konulan peyote miktarının yılda 1,5 Kg. civarında kalmasına karşılık, marijuana miktarı ise 700.000 Kg. dolayındadır. (44)

Yetmiş yaşındaki Kızılderili Alfred Smith ile diğer Kızılderili Galen Black, 12 saatlik dinî seremoni sırasında, küçük miktarlarda ve dinsel amaçlı peyote almış; çalıştıkları işyerinde, işverenlerine anlattıklarında, ilişkileri kesilmiştir. Bunun üzerine, konu, Oregon İnsan Kaynakları Çalışma Müdürlüğü'ne intikal etmiş ve Oregon yasalarına göre peyote kullanımı iş bağlamı bir kötü davranış sayıldığından, Smith ile Black, işsizlik ücretine hak kazanamamıştır. Bu işleme karşı, Oregon mahkemelerine başvurulmuş; her iki mahkeme, kutsal amaçlı peyote çığnemesi yüzünden işsizlik sigortası haklarından mahrum edilmelerinin, free exercise hükmünün ihlali olduğuna hükmetmiş (45) ve son aşamada, konu, Yüksek Mahkeme'ye gelmiştir. Yüksek Mahkeme, önce hükmü bozmuş ve geri göndermiş; Oregon Yüksek Mahkemesi, dinsel amaçlı peyote kullanımının da "kuşkusuz" yasadışı olduğuna karar vermiş, ancak, samimi dinî inançlar

---

(44) LEADING CASES: n.36, 207-208; Yargıç Blackmun'un, Smith muhalefesinde yazdığı üzere, Antropoloji yetkililerinin çoğu, peyotizmin, taraftarlarının yaşamı üzerinde, olumsuz aksine, olumlu bir güç olduğunu kabul ede. ... Nitekim, peyotizm alanında önde gelen iki uzmanın yaptığı araştırma göstermiştir ki, dini amaçla peyote kullanımı, kişiyi, kendisinin önemli olduğundan ve içinde yer aldığı grup tarafından desteklendiğinden emin olma düşüncesine yer veren kişilerarası ilişkileri vurgulayan şekilde egoyu güçlendiren bir yöne sevk etmekte olup, pek çok kişi, bir takım ağır bunalımlardan, bu dinin yardımı ile kurtulmuştur. ... Peyotizm, alkolizmi aşmak ve yenmek örneğinde görüldüğü gibi, kişilere, kendilerini, bu dünyada yerleri ve işleri kalmamış insanlar değil, yeni durumları ve koşulları karşılamaya ve değiştirmeye yeterli gücü bulunan kişiler saymaları için gerçek yardımı sağlamaktadır.

(45) Oregon Court of Appeals (işlemin iptaline); Oregon Supreme Court (mahkeme kararının onanmasına).

üzerine böyle bir yükün konmasına, Anayasa'nın izin vermeyeceği gerekçesi ile önceki kararında ısrar etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye dava, ikinci ve son kez gelmiş; Oregon'un kararı, az sonra aktarıp inceleyeceğimiz "Smith" kararı ile bozulup noktalanmıştır.

## Oregon v. Smith Kararı

### Katılma Oyu Yargıçlarının Düşünce ve İtirazları

Bu incelemenin ana konusunu teşkil eden Smith Testi'nin daha iyi anlaşılabilmesi için, sanırım, Test'in ifade edildiği Yüksek Mahkeme çoğunluğunun metninden önce, katılma oyu ve karşı oy yazan yargıçların düşüncelerinin, ısrarlı ve yer yer sert itiraz ve uyarılarının aktarılması uygun olacaktır.

Yargıç O'Connor'ın, ayrı bir karşı oy da yazan Yargıç Brennan ile Yargıç Marshall ve Yargıç Blackmun'un da kısmen paylaştıkları katılma oyu, zorlayıcı-baskın kamu yararı dengelemesinin eksen yapıldığı şu noktalara dikkatleri çekiyordu.

Mahkeme'nin, bu davada –ileride yer vereceğimiz- ulaştığı sonucu paylaşmakla beraber, gerekçesine katılmam olanaksızdır. Kanımca, bugünkü kararın hükmü (holding), Anayasa'nın Ek 1. madde hürriyetleri (46) konusunda iyice yerleşmiş olan içtihadımızdan ciddi biçimde ayrılmakta olup, ...Ulusumuz'un, bireyin din hürriyetine olan temel taahhüdü ile de bağdaşmamaktadır. ...Mahkeme, bugün, Anayasa'nın din hürriyetinin serbest kullanımı hükmünün uzun geçmişi bulunan emsal kararlarından "tek bir kategorik kural" çıkartmaktadır: "Eğer dinsel eylemlerin yasaklanması, genel uygulama niteliği taşıyan ve kendi bağlamında geçerli olan bir mevzuat hükmünün ikincil etkisinden ibaret ise, Anayasa'nın Ek 1. maddesine karşı çıkan bir durum doğmuş olmayacaktır."

(46) ... din ve inanç hürriyeti ve bu hürriyetin serbest kullanımı-ibadet hürriyeti, söz,basın, toplanma, dernek vasıtasıyla ifade hürriyeti ve dilekçe verme hakkı ;...Kongre, din ile ilgili olan veya serbest kullanımını, ibadeti yasaklayan ve burada yazılı hürriyetleri kısıtlayan bir yasa yapamaz (Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and petition the Government for a redress of grievances.



Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, din hürriyetinin "eylemli" olarak serbestçe "kullanımı", her zaman değilse bile, sık sık, bir takım eylemlerde ve davranışlarda bulunmayı-kaçınmayı gerektirmektedir. ...Tanım gereği, "kullanım" sözcüğü, "ibadet, tören, ayin uygulamaları ile eylemlerini, bir dinin gereğinin yapılması hakkını veya buna izin verilmesini ya da genel-özel ibadet, dua etme, kehanet eylemlerini içerir. Dinî inanç ile dinî eylem, ayrımları akılla çizilmiş kesin kompartmanlara sıkıştırılamaz. Çünkü, Anayasa'nın Ek 1. maddesi, dinî inanç ile dinî davranış-eylemi ayırt etmemiştir. İçten din dürtülü eylemlerin, aynen salt inancın kendisi gibi, din hürriyetinin serbestçe kullanımı da, Anayasa güvencesi altında, hiç değilse kıyasen korunmalıdır. Bununla beraber, Mahkeme, bugün, bu Anayasa maddesini, kamu makamlarına, yasaklamanın genel uygulama nitelikli olmak koşulu ile, kişinin dinî inançları tarafından buyurulan eylemleri, haklı kılan bir neden bulunmaksızın yasaklamalarına izin verdiği şeklinde yorumlamaktadır. Böylece, belli bir eylem veya davranış yasaklayan bir yasa, bu davranış, bir kimse için dinî ibadet eylemi teşkil etse bile, o kişinin din hürriyetinin serbest kullanımı eylemini açıkça yasaklıyor; din dürtülü davranışta bulunmaktan engellenen kişi, dinini serbestçe yerine getirmekten alıkonuluyor demektir. Bundan başka, aynı kişi, din hürriyetini serbestçe kullanma eyleminden, yasanın, bu eylemin, sadece o dinin mensupları veya herkes tarafından ya da sadece dinî nedenlerle gerçekleştirildiği zaman yasaklayıp yasaklamadığına bakılmaksızın engellenmiş olacaktır.

Bir kimsenin din hürriyetini serbestçe kullanması hakkının engellenmesi demek, haliyle, o kişinin, eylemde bulunma konusunda mutlak bir hakkının varlığı demek değildir. Yerleşik Ek 1. madde içtihadımıza göre, "eylemde bulunma" hürriyetinin, "inanç" hürriyetinden farklı olarak, mutlak olamayacağını tanımış durumdayız. "...Zorlayıcı-baskın kamu yararı testi", Ek 1. maddenin, din hürriyetinin bağımsız bir hürriyet olduğu, öncelikli bir konumunun bulunduğu ve "en yüksek düzeyde" açık ve zorlayıcı-baskın kamu yararı gerektirmedikçe, bu hürriyet üzerinde, doğrudan ya da dolaylı tecavüzlere bu Mahkeme'nin izin vermeyeceği içerikli buyruğunu etkin kılar....

Bir diğerk önemli nokta olarak, Mahkeme, Cantwell ve Yoder kararlarımızdan, onları "melez" olarak nitelemek suretiyle kaçmağa çalışmakta ise de, ancak, her ikisinin de, açıkça din hürriyetinin serbest kullanımı hükmüne dayandığı ve bu kararları, serbest kullanım içtihadımızın ana kanalının bir parçasını oluşturduğunu tutarlı biçimde kabul ettiğimiz hususu reddedilmiş değildir. Ayrıca, bu kategorik kuralımı desteklemek için, Mahkeme'nin yollama yaptığı diğerk kararların her birinde, önümüze getirilen Anayasa'ya aykırılık iddialarını, önce, yarışan kamusal çıkarları dikkatle tarttıktan sonra geri çevirdik.

Davalılar, peyote kullanma eylemlerinin, içten dinî inançlarından ileri gelmesi nedeniyle tüm kamusal düzenlemelerden otomatikman muaf olduğunu iddia etmemektedir. ...Davalılar, bunun yerine, din hürriyetinin serbest kullanımı hükmünün, peyote bulundurmağa ilişkin genel suç yasaklamasına, Devletin, sınırlı bir istisna getirmesini gerektirdiği tezini tartışmak için, geleneksel zorlayıcı-baskın kamu yararı testimize başvurmaktadır. Fakat, Mahkeme, bugün, davalılardan, bu tartışmayı açmak fırsatını bile esirgemiştir.

Kişinin dinî motivasyonlu eylemlerini suç yapan bir Federe Devlet, kişinin din hürriyetini serbestçe kullanmasını, mümkün olan en ağır biçimde engellemiş demektir. Çünkü, bu durum, kişiyi, ya dinî ilkesini terk etmeyi ya da ceza takibatına maruz kalmayı tercih etmek sonucu ile karşı karşıya getirmektedir. ...Kanımcı, her davada, o davanın kendi birel koşullarını esas alarak hüküm vermekle görevli olan biz yargıçların fonksyonu ile daha uyumlu ve bu davada da daha isabetli olan yaklaşım, zorlayıcı-baskın kamu yararını en az sınırlayıcı araçlarla gerçekleştirmek olan mevcut testi uygulayarak, her bir davada, o davadaki muhatap davalılara getirilen yükün, Anayasal bakımdan anlamlı ölçüde önemli olan ve Federe Devlet'in ileri sürdüğü belli cezaî yararın zorlayıcı-baskın olup olmadığını belirlemektir. Hattâ, bir uygulama sorunu olarak, ceza yasaları, genelde, sağhk, güvenlik veya kamu düzenine ilişkin zorlayıcı-baskın kamu yararına hizmet amacını taşıyorsa da, Ek 1. madde, en azından, sorunun, her davada, o dava bakımından her bir iddianın maddî olgularına duyarlı bir yaklaşımla karara bağlanmasını gerektirmektedir.

Genel uygulama nitelikli yansız yasaların veya genel ceza yasalarının, büyüü bir etkisi yoktur. Zira, dine karşı yansız olan yasalar dahi, kişiyi, dinî inançlarını ihlâl ya da dinî görevlerinde baskı bakımından, doğrudan dini hedef alan yasalar kadar etkili derecede zorlayabilir.

Kanımcı, Ek 1. madde, kesinlikle, dinî inanç ve uygulamaları çoğunluk tarafından paylaşılmayan ve hatta düşmanca bakılabilen kişilerin haklarının korunması için yazılmıştır. Din hürriyetinin serbest kullanımı hükümünün tarihçesi, çoğunluk yönetimlerinin, Jehova Tanıkları ve Amishler gibi popüler olmayan veya yeni doğan dinî gruplar üzerindeki ezici-baskıcı etkisini açıkça gösterir. ...Anayasa'nın Yapıcıları, dinî tarikatların farklı ve aşırı görüşlerinin, aralarındaki anlaşmazlığın getirdiği şiddetin, üzerinde bütün insanların anlaşabileceği bir dinî inancın yokluğunun farkındaydı. Onlar, karşıt fikirler arasında mümkün olacak en geniş hoşgörüyü öngören bir yönetim plânını kaleme aldılar. Zorlayıcı-baskın kamu yararı testi, Ek 1. maddenin, çoğulcu toplumda, din hürriyetinin olabilen en geniş ölçüde korunması buyruğunu ifade eder. Mahkeme'nin, bu buyruğu bir "lüks" sayması, Haklar Beyannamesi'nin (Bill of Rights) birincil amacını lekelemek anlamını taşır.

### **Oregon v. Smith Kararı**

#### **Karşı Oy**

Yargıç Blackmun da, Yargıç Brennan ve Yargıç Marshall'ın paylaştığı muhalefet oyunda, şunları, yüksek sesle ve altını çizerek, Mahkeme'nin dikkatine sunuyordu:

Bu Mahkeme, din hürriyetinin serbest kullanımına yük getiren yasaların Anayasa'ya uygunluğunu belirlemek için, yıllar içinde, son derecede dikkatle, tutarlı ve büyük çaba ürünü olan bir standart geliştirmiştir. Bu içerikli bir yasa, ancak, yasanın genelde ve Federe Devlet'in özelde, din yönünden bir istisnaya izin vermeyi reddetmesinin, zorlayıcı-baskın kamu yararı ile haklı kılınması ve bunun daha az sınırlayıcı araçlarla gerçekleştirilememesi halinde ayakta kalabilecektir. Ben, bugüne kadar, bu standardın, Mahkeme'nin Ek 1. madde içtihadı olarak yerleşmiş ve sapılmaz bir ilkesi olduğunu düşünüyordum. Bununla beraber, çoğunluk, bu standardı, "Anayasal bir anomali" olarak bir yana itiverdi. Yargıç O'Connor'un

katılma oyunda dikkatle ve ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, çoğunluk, vardığı sonuca, ancak, Mahkeme'nin önemli emsal kararlarını yanlış nitelerek ulaşabilir.

Mahkeme, dava konusunda yön verici mahiyetteki kararları (Cantwell ile Yoder) "melez" olarak kapsam dışı bırakmaktadır. Mahkeme, geleneksel serbest kullanım analizini, ceza yasakları ile genel uygulanma nitelikli yasalara uygulanmaz görmektedir. ...Kısaca, Anayasamızın din hürriyeti hükümleri konusunda yerleşmiş bulunan hukuktan topyekûn bir dönüşe hukuksal güç kazandırılmaktadır.

Bu davada, Federe Devlet'in, peyotenin dinî amaçlı kullanımı konusunda, ceza yasalarına bir istisna koymayı reddetmeyi haklı göstermesi, tamamen düşünsel mahiyettedir. Şöyle ki, Oregon, vatandaşlarının sağlık ve güvenliğinin, yasa dışı uyuşturucu kullanımının tehlikelerinden korumadaki kamu yararını ileri sürmekte ise de, peyotenin dinsel kullanımının bir kimseye zarar verdiğine ilişkin herhangi bir kanıt da sunabilmiş değildir. Diğer mahkemelerde görülen davalardaki maddî bulgular, peyotenin dinsel kullanımının zarar verdiği varsayımında şüphe yaratmaktadır. ...

Oregon uyuşturucu yasalarına da kaynaklık eden Federal mevzuat, peyoteyi, dinî kullanım bakımından istisna koymayı engelleyecek kadar açıkça tehlikeli bulmamıştır (47).

Davalıların peyoteyi kullandığı koşullar dikkatle sınırlandırılmış ayinsel bağlamdaki uygulamalar, eğlence amaçlı sorumsuz ve sınırsız yasa dışı kullanımlardan çoktan ayırd edilmiştir. Yerli Amerikalılar (Kızılderili) Kilisesi'nin, üyeleri üzerinde koyduğu sınırlamalar ile yaptığı denetim, Federe Devlet'in sağlık ve güvenlik konusundaki ilgisini önemli ölçüde gereksiz kılmaktadır...Peyote, popüler bir uyuşturucu değildir; dinî ayinler-

---

(47) Yargıç Blackmun, bu bağlamda bir başka örneğe de işaret etmiştir: Anılan Kilise'nin peyote kullanımını, şarabın Katolik Kilisesi tarafından kutsal amaçla kullanılması ile yakın bir benzerlik göstermektedir. 1920'lerde İçki Yasası döneminde, Federal Devlet, şarabın bu amaçla ve şekilde kullanımını, alkollü içeceklerin bulundurulması ve kullanılması yasağının dışında tutmuştur.

de kullanım amaçlı dağıtımının, bu ülkede felâket şeklinde yayılan geniş ve vahşi yasa dışı uyuşturucu olayı ile hiç bir ilgisi yoktur.

Son olarak, Oregon, peyote için dinî kullanım istisnası tanınmasının, uyuşturucu yasalarının üniform, adil ve kesin biçimde uygulanmasındaki kamu yararını giderek zayıflatabileceğini ileri sürmektedir. Oregon, eğer, dinî peyote kullanımını ayırık tuttuğu takdirde, başka hususlarda da, dinî nedenle istisna iddialarının akın etmesinden endişe duymakta olup; yasaların uygulanmasının sağlanmasını köstekleyen istisnalar yamalı bohçasına izin vermekle, dinî muafiyetleri keyfî surette sınırlayarak Anayasa'nın din hürriyeti hükmünü ihlâl etmek riski arasında kalmak ikilemi içine düşebileceğini belirtmekte ...ise de...bu Mahkeme, geçmişteki din hürriyetinin serbest kullanımı davalarında, benzer tezleri, her zaman düzenli olarak reddetmiştir ve bu defa da aynı şeyi yapmalıdır. Kaldı ki, Oregon'un, aksi halde diğer dinî iddiaların da akın edeceği endişesi, tamamen spekülâtiftir. Federe Devletlerin hemen yarısı ve Federal Devlet, uzun süredir peyotenin dinî kullanımına istisna getirmeyi sürdürmüş ve kendilerini de, başkaca dinî istisnalar konusunda ezici iddialar karşısında bulmamışlardır. Peyotenin dinî amaçlı kullanımına izin verilmesi, Oregon'un, diğer din gruplarına da mutlaka benzer istisnalar tanınmasını zorunlu kılmayacaktır. Peyotenin dinsel amaçlı kullanımını, Oregon'un, kamu sağlığının ve güvenliğinin sağlanmasındaki ve uyuşturucu trafiğinin engellenmesindeki kamu yararı ile bağdaşır kılan sıra dışı koşullar, diğer dinî talep ve iddialar için geçerlilik taşımayabilir. Bazı dinler, örneğin, uyuşturucu kullanımını, Yerli Amerikan (Kızılderili) Kilisesi'nin yaptığı gibi, sınırlı törensel bağlamda tutamayabilir. Ethiopian Zion Coptic Kilisesi, marijuananın, pekalâ, "gün boyunca sürekli" içilebileceğini öğretmektedir. Diğer bazı dinî iddialar, marijuana ve eroin gibi hem çok önemli boyutta yasa dışı trafiğinin bulunduğu, hem de tutku ve şiddet yaratan uyuşturuculara ilişkin olduğundan, bu durumlarda, dinî istisna tanınması, yasaların uygulanması çabaları konusunda ciddî sakıncalar taşıyan ödünler vermeden çok zor olacaktır. Federe Devletler, bütün dinlere eşit davranmak ve birini diğeri aleyhine kayırmamak zorunda ise de, bu zorunluluk, "zorlayıcı-baskın kamu yararı testi"nin, bütün serbest kullanım iddialarına, üniform biçimde uygulanması ve her davada "aynı sonuçlar" a varılmaması suretiyle yerine getirilir.

Peyotenin dinsel kullanımının Oregon'un izlediği kamu yararı ile gereksiz-aşırı şekilde çatışmadığının ortaya konulması, diğer dinî grup veya tarikatlerden muhtemelen az sayıdaki bir kaçının başarılı olabileceği bir olgu teşkil edip; peyote kullanımı ile sınırlı bir istisna, bir dinin resmen kabul edilmesi (establishment of religion) ile eş hukuksal etki taşıyor demek değildir.

Nihayet, mahkemelerin, belli bir eylemin, o din bakımından "temel önem taşıyan" (central) nitelikte olup olmadığı sorularını araştırıp irdelemekten kaçınması gerektiği noktasında, Yargıç O'Connor ile aynı fikirde olmama rağmen; bu yaklaşımın, Federe Devletlerin getireceği sınırlamaların, azınlık dini olan bir dinin taraftarları üzerinde yaratacağı ağır etkiye gözlerini yummaları anlamını taşıyacağını da düşünmüyorum.

Samimiyetlerinin "asla" kuşku yaratmadığı davalılar, peyote bitkisinin Tanrı'ya ulaşmayı ifade ettiği ve peyote çiğnemenin dinî ibadet ve ortak dinî inanç eylemi olduğuna inanmaktadır. Peyote olmadan, davalılar, dinlerinin temel dinî törenlerini gerçekleştiremeyecektir. Bu inancın üyelerine göre, peyote, bedeni, akli ve ruhu iyileştirmek dinsel gücüne sahiptir. Peyote bir öğretmendir; Yaradılışın güçleri ile uyum ve denge içinde yaşayarak uhrevî hayata giden yolu öğretir. Dinî törenler, hayat sürecinin tamamlayıcı aslı parçası olup bir ibadet biçimi teşkil eder ki, kutsal peyote Büyük Ruh ile iletişim kurma aracı olmak özelliğini taşır. ...Eğer, Oregon'un, davalılar hakkında, bu ibadet eylemleri nedeniyle ceza takibatı yapması, Anayasa karşısında mümkün ise, bunlar da, Amishler gibi "başka ve daha hoş görülmesi bir yere göç etmeğe zorlanmış" olabilecektir. Gerçekleşme olasılığını taşıyan bu yıkıcı etki, yıllar süren dinî takibat ve hoşgörüsüzlüğe tepki olarak biçimlenen Yerli (Kızılderili) Amerikalılar'ın din hürriyetini koruyan Federal politikamın ışığı altında mutlaka gözden geçirilmelidir. Federal Devlet'in politikası şu olacaktır: (48) "Yerli (Kızılderili) Amerikalılar'ın doğal ve ayrılmaz parçaları olan geleneksel dinlerine inanma, açıklama ve serbestçe kullanma hürriyetlerinin korunması ve sürdürülmesi. Bu hak ve hürriyet, kutsal yerlere girmelerini, kutsal nes-

(48) Yerli (Kızılderili) Amerikalılar'ın Din Hürriyeti Yasası'nın yasama sürecinde belirtildiği üzere...

neleri kullanmalarını ve sahip olmalarını, törensel ve geleneksel eylemler ile din ve ibadet hürriyetlerini içerecek, fakat bunlarla sınırlı da kalmayacaktır.” Kongre, peyote gibi belli nesnelere “kutsal olmaları, güç taşımaları, iyileştirmeleri, dinî törenlerin gerçekleştirilmesi ve kabilenin kültürel bütünlüğü ve bu suretle dinî yaşamın sürdürülmesi için gerekli olmaları nedeniyle, dinsel önem ve anlam taşıyacağını kabul etmiştir.

Bu mahkeme, bu yasanın, Yerli (Kızılderili) Amerikalılar’ın dinî iddialarına ilişkin serbest kullanım analizini, yerleşmiş görüşlere ne kadar aykırı olsa bile, kesinlikle uygulamalıdır. Aksi halde, hem Anayasa’nın Ek 1. maddesi, hem de Kongre’nin bu suretle saptadığı ve açıkladığı bu politika, Yerli (Kızılderili) Amerikalılar’a, sadece yerine getirilmemiş ve boş bir vad sunmuş olacaktır.

## **Yüksek Mahkeme’nin Kararı**

### **Smith Testi**

Dokuz yüksek yargıçtan oluşan Yüksek Mahkeme üyelerinin, yukarıda özetleyerek aktardığımız ısrarlı, kararlı ve yer yer sert düşünce, itiraz ve uyarıları, davanın aralarında görüşülmesi sırasında duymalarına karşın; Yargıç Scalia’nın kaleme aldığı kararda, Mahkeme, beş üyeli çoğunlukla (49) Smith Testi’nde ısrarcı olmuş ve Testi’nin düşünme çizgisini ve esaslarını şöyle tekrarlayıp açıklığa kavuşturmuştur:

Anayasa’daki din hürriyetinin serbestçe kullanımı, ilk ve öncelikli olarak, kişinin, dilediği herhangi bir dinî görüşe inanması ve açıklaması hakkı demektir. Böylece, Anayasa, “dinî inançlara, bu inançları itibarıyla yapılacak bütün kamu otoritesi düzenlemelerini” açıkça reddeder. Ayrıca, kamu makamları, dinî inançların benimsenmeyeceğine zorlayamayacağı gibi, kendince yanlış saydığı dinî görüşlerin açıklanmasını da cezalandıramaz; dinî inançlara ve dinî statüye dayanan özel kısıtlamalar da koyamaz; aynı zamanda, kamusal gücünü, dinî otorite veya inanç konusundaki uyumsuzluklarda, taraflardan biri veya diğeri lehine tahsis edemez.

---

(49) Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith, 494 US 872 (1990); Yargıç Scalia, Başyargıç Rehnquist, Yargıç White, Yargıç Stevens ve Yargıç Kennedy.

Ancak, "din hürriyetinin serbestçe kullanımı", sadece inanç ve inancın açıklanmasından ibaret olmayıp; ibadet etmek için başkaları ile toplanma, ekmek ve şarabın ayindeki kutsal kullanımına katılma, din değiştirme, belli bazı yiyeceklerden kaçınma gibi fizikî eylemlerin yapılmasını ya da yapılamamasını da içerir.

Bu güne kadar bu Mahkeme'nin önüne gelen bir davada söz konusu olmakla beraber, bir Federe Devlet'in aktif veya kaçınma eylemlerini, sadece dinî nedenlerle yaptığında ya da sadece açıkladıkları dinî inanç nedeniyle engellemeğe kalktığında, din hürriyetinin serbestçe kullanımını yasaklamış olacağını düşünyörüz. Örneğin, ibadet amacıyla kullanılacak heykellerin dökülmesinin yahut altın bir buzağı önünde eğilmenin yasaklanması, hiç kuşku yok ki, Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Davalılar, bu davada, din hürriyetinin serbestçe kullanımının yasaklanmasının anlamını, "bir büyük adım daha ileriye" taşımayı hedeflemekte, yani, kendilerinin peyote kullanımlarının dinî amaçlı olmasının, onları, "özel olarak dinî uygulamalara yönelmemiş olan" bir ceza yasanın kapsamı dışına çıkardığını ve bu yasanın da, başka nedenlerle uyuşturuca kullananlara uygulandığı şekliyle de Anayasa'ya uygun olacağını ileri sürmektedir. Başka bir deyişle, davalılar, din hürriyetinin serbestçe kullanımının yasaklanmasının, bir kimsenin, kendi dinî inancını yasakladığını/gerektirdiği bir "eylem" in yapılmasını emreden veya yasaklayan, herkesi kapsayan genel uygulanma nitelikli bir yasaya uyma yükümünü de içerdiğini iddia etmektedir. Din hürriyetinin serbestçe kullanımının yasaklanması sözcüklerine, metinsel yönden bu anlamın verilmesi gerektiği kanısında değiliz. Çünkü, genel vergi salma ve toplama yetkisini, örneğin, Devlet'in bir örgüt olarak desteklenmesinin günah sayılacağına inanan vatandaşların "din hürriyetlerinin serbestçe kullanımını yasaklayacağı" ya da aynı vergiyi, işlerini yürütebilmenin bir koşulu olarak ödemek zorunda kalan yayıncı şirketlerin "basın hürriyetinin kısıtlanması" olacağı şeklinde değerlendirilmesine artık mahal yoktur. Her iki durumda da, din hürriyetinin serbest kullanımının yasaklanmasının veya basın-yayın faaliyetinin engellenmesinin, sadece genel uygulanma niteliği taşıyan yasa hükümlerinin "buna bağlı ikincil etkisi" (50) ise, bu takdirde, bu düzenle-

(50) Incidental effect



melerin, Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemek, söz konusu metnin kabul edilebilir okuyuş biçimi olmayacaktır.

Mahkememizin geçmiş kararları, ikinci yorumun doğru olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Şöyle ki, kişilerin dinî inançlarının, Devlet'in düzenlemekte serbest olduğu eylemleri yasaklayan ve o alanda geçerli olan bir yasaya uymaktan kaçınmasının mazereti sayılabileceğine hiçbir zaman karar vermiş değiliz. Aksine, "bir yüzyılı aşan din hürriyetinin serbest kullanımını içtihadımız", bu iddianın aksi yöndedir.

Nitekim, daha 1940'da Yargıç Frankfurter'in, bu Mahkeme adına, özlü biçimde tanımladığı üzere: (51)

Dinî hoşgörü için verilen uzun mücadele sürecinde, bilinçli kuşku ve tereddütler, kişiyi, dinî inançlarının geliştirilmesini veya sınırlandırmasını amaçlayan genel bir yasaya itaat etmekten kurtarmamıştır. Kişinin, politik toplumu (52) ilgilendiren meseleler ile çatışan dinî inançlara sahip olması, onun, vatandaş olarak, kamusal sorumluluklarını yerine getirmek yükümünü ortadan kaldırmaz. Bu ilkeyi ilk defa koyduğumuz Reynolds v. United States kararımızda, çok eşliliğe karşı olan ceza yasalarının, dinî inançlarının bu evlilik türünü emrettiği kişilere, Anayasal olarak uygulanamayacağı iddiasını reddederken şunu söyledik: Yasalar, eylem ve davranışların düzenlenmesi için yapılır ve her ne kadar salt dinî inanç ve düşüncelere müdahale edemezler ise de, bunların uygulamalarına edebilirler. Bir kimse, yasaya aykırı eylemlerini, dinî inancını gerekçe göstererek mazur kılabilir mi? Böyle bir şeye izin vermek, dinî inanç ve doktrinleri, Ülke'nin yasalarından üstün tutmak olur ve sonuçları itibarıyla, her vatandaşın, kendi yasasının koyucusu olmasına müsaade edilmesi anlamını taşır."

Minnerville'i izleyen kararlarımızda da, sürekli ve tutarlı olarak, din hürriyetinin serbest kullanımını hakkının, kişileri, "genel uygulanma niteliği bulunan geçerli ve yansız yasalara, bu yasaların, dinin yasakladığı ve-

---

(51) Minnerville School District Board of Education v. Gobitis, 310 US 586, 594-595

(52) Başka bir deyişle Devlet.

ya buyurduğu davranışlarla eylemleri yasakladığı ya da buyurduğu gerekçesiyle” uyma yükümünden kurtarmayacağına hükmettik. (53)

Bunun yanında, genel uygulanma niteliği taşıyan yansız yasalardan Anayasa’ya aykırı saydıklarımız da oldu ise de, bu kararlarımızda, Anayasa’nın din hürriyetinin serbest kullanımı hükmünü tek başına değil, örneğin, söz ve basın hürriyeti gibi Anayasa’nın diğer güvenceleri ile birlikte ve ilintili olarak dikkate aldık. ...Ayrıca, zorunlu ifade hareketlerini (54) yasaklayan kararlarımız da, münhasıran Anayasa’nın fikir ve düşünceleri ifade hürriyeti temeline dayanılarak verilmiş olmakla beraber, aynı zamanda, din hürriyeti meselelerini de içermiştir. (55) Anayasa’nın toplantı hürriyetine aykırılık temeli üzerine bina edilmiş olan bir davada, Anayasa’ya aykırılığın, din hürriyetinin serbest kullanımı hükmü ile takviye edilmesini tasavvur etmek zor değildir. Kişilerin, söz, ibadet, ve uğradık-

53) Prince kararında, bir annenin çocuklarına caddelerde basılı eser dağıttırmasını, eylemin dini amaçlı olmasını dikkate almayarak, çocuk iş yasaları uyarınca takip edilebileceğine karar verildi ve Anayasa’nın din hürriyeti hükmünün, bu çocukların, başka bir çocuğun yapamayacağı bir şeyi yapması için istisna yaratamayacağı açıklaması getirildi...Braunfeld kararında, Pazar Gününün Tatil Günü Olmasına Dair Kanunu’nun, dinlerinin kendilerini diğer günlerde çalışmaktan alıkoyanların dini uygulamalarını olumsuz olarak etkilediği ve Anayasa’ya aykırı bulunduğu savı kabul görmedi. Gillette kararında, Asker Alma Kanunu’nun, belirli bir savaşa dini nedenle karşı çıkanların askere alınmamasının, din hürriyeti hakkının serbestçe kullanımı hakkını ihlâl etmediğine hükmedildi. Bu konuda en yakın tarihli kararında (US v. Lee) Amish tarikatından bir işverenin, Amish inançlarının Devlet destekli programlara katılmayı yasakladığı için, kendisi ve çalışanları adına, sosyal güvenlik vergilerinin toplanmasından ve ödenmesinden muaf tutulması istemi reddedilirken şuna işaret ediliyordu: Eğer, örneğin, bazı kimseler, kendi dini inancında, savaşın günah olduğuna inanıyorsa ve şayet Devlet bütçesinin bir kısmının savaş giderlerine ayrıldığı saptanabiliyorsa, bu yüzden, o kişilerin de, gelir vergisinin o kısmını ödemekten muaf tutulmalarını istemek bakımından aynı ölçüde geçerli bir talepleri olacaktır. Ancak, kişilere, toplanan vergilere, kendi dini inançlarını ihlâl edecek içerikte harcandığı gerekçesi ile karşı çıkmak hakkı tanınırsa, vergi sistemi işleyemez. (Karar,Sf.879-880)

54) Compelled expression

55) Kişinin dini inançlarını rahatsız eden slogan yazılı olan araç plâkasının takılmasının zorunlu tutulmasının; dini inancının karşı çıkmasına rağmen ABD bayrağını selâmlama mecbur bırakılmasının Anayasa’ya aykırı sayılması gibi...

ları haksızlıklar karşısında kamu makamlarını şikâyet hürriyeti, bu amaçlara ulaşmak için ortak girişimde bulunmak hürriyeti de, bu bağlamda güvence altına alınmasa, Federe Devletler'in müdahalesine karşı güçlü biçimde korunamazdı.

Bakmakta olduğumuz bu dava, böyle bir "melez durum" arz etmeyip, herhangi bir düşünce alış verişi etkinliği ya da ebeveyn hakları ile bağlantısı bulunmaksızın, sadece din hürriyetinin serbest kullanımı iddiasını içermektedir.

Diğer taraftan, davalılar, bu olaya da Sherbert'in dengeleme testinin (56) uygulanmasını istemektedir. Bu Mahkeme, Sherbert Testi'ni uygulayarak üç yasayı iptal etti ise de, işsizlik tazminatının bağlanması dışında, yönetimlerin hiçbir işlemini bu teste dayanarak geçersiz saymadık. Bazen, Sherbert Testi'ni başka alanlara da kaydırmış izlenimiyle uyguladıysak da, bu davalarda, testin koşullarının yerine getirilmiş olduğunu gördük. Son yıllarda ise, Mahkememiz, işsizlik tazminatı başvurularının reddi dışında, testin uygulanmasından, her hal ve koşulda kaçındı. (57)

---

(56) Bakınız, önceki sayfalarda bu başlık altındaki açıklamalara...

(57) Bowen v. Roy'da, 476 US 693 (1986) Sherbert analizini, sosyal güvenlik olanaklarından yararlanmak için başvuranlardan veya hak kazananlardan, sosyal güvenlik numaralarını bildirmelerini şart koşan yasaya uygulamak cihetine gitmedik. Davacılar, bu davada, kızları için istenen numarayı almalarının dinî inançlarını ihlâl edeceğini ileri sürdülerse de; biz, yasanın, zorunlu-baskın kamusal yararı gerçekleştirmek için gerekli olup olmadığına bakmaksızın, davacıları uygulamalarını geçerli kabul ettik. ...1988'de Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association, 485 US 439, davasında da, Devlet'in bir çok Yerli (Kızılderili) Amerikalı kabilesinin dinî amaçlarla kullandığı topraklardaki ağaç kesimi ve yol yapımı çalışmalarına, Sherbert Testi'ni uygulamaktan, bu faaliyetin, "Yerli (Kızılderili) Amerikalılar'ın geleneksel dinî uygulamaları (practice) üzerinde yıkıcı etkiler yaratacağının" tartışmasız olmasına karşın kaçındık. ... Goldman v. Weinberger, 475 US 503 (1986) ile O'Lone v. Estate of Shabazz, 482 US 342 (1987) kararında, sırasıyla, musevi takkesi olan yarmulke takılmasını yasaklayan askerî kıyafet düzenlemesine Sherbert Testi'ni uygulamayı reddederken; ikincisinde, Sherbet'den söz etmeksizin, cezaevi yönetiminin, hükümlülerin ibadet faaliyetlerine katılması için iş yükümlülüklerinden muaf tutulmasını reddetmesini onayladık.

Mahkememiz, Sherbert'e, işsizlik tazminatı konusunun ötesinde bir yaşam alanı yaratmak eğilimini gösterseydi bile, bunu, genel uygulanma niteliği bulunan ceza yasalarından muafiyetler üretmek için uygulamazdık.

Bu gün, şu sonuca varıyoruz ki, Devlet'in, kamu politikalarının diğer yönlerini yürütmekteki yetkisi gibi, sosyal yönden topluma zarar veren davranışlara ilişkin genel uygulanma niteliği taşıyan yasakları yerine getirme yetkisi, "Devlet'in bu işleminin, dinî gerekçeyle karşı koyan kişinin tinsel gelişmesi üzerindeki etkisinin ölçülmesine bağlı kılınmaz." Kişilerin, bu tür yasalara uymak yükümünün, yasanın hükümlerinin, o kişinin dinî inançları ile uyuşması koşuluna bağlı tutulması, Devlet'in çıkarlarının "zorlayıcı-baskın" olması hali dışında, kişiye, inançlarını ileri sürerek "kendi hukukunu kurmasına" izin vermek teşkil eder ki, böyle bir hukuksal durum, hem Anayasa geleneğimiz, hem de sağ duyu ile çelişir.

Bu gibi konuları, "zorlayıcı-baskın kamu yararı" ve bunun karşısında, yasaklanan eylemin genelde veya özelde o bireyin dinî inancına göre "temel önem" (central) taşıması hususu ile dengeleyerek çözümlenmek cihetine gidildiğinde, fikir ve düşüncelerin ifadesi alanından farklı olarak, din hürriyetinin serbest kullanımı alanında, ne gibi sorun çıkartacağına Yüksek Mahkeme, şöyle işaret ediyordu: Sherbert Testi'nin uygulanmasında, bir inananın, kendi kişisel inancına göre, dava konusu eylemin "temel önem" taşıdığı iddiası karşısında, yargıçlar her bir davada, hangi hukukî prensip veya mantık ileri sürebilir? Farklı dinî uygulamalarda, neyin temel önemde olduğuna bir yargıcın karar vermesi, "farklı dinî iddiaların göreceli değerlerini belirlemek işi" kadar kabul edilemeyecek bir iş niteliğindedir. Daha henüz bir önceki yıl (58) doğruladığımız gibi, "belirli inançların ya da uygulamalarının veya bunlar hakkında belli davacıların yorumlarının temel önem taşıyıp taşımadığının sorgulanması, Yargı'nın hukuksal bilgisinin kapsamı içinde değildir. Yüksek Mahkeme olarak, alt mahkemeleri, bir dine ait belli bir inancın o dindeki yerini veya dinî bir iddianın doğruluğunu saptamak yetkilerinin bulunduğu düşüncesine kapılmamaları konusunda, hem farklı alanlardaki davalarda, hem de tekrar tekrar uyardık.

(58) Hernandez v. Commisioner, 490 US 699 (1989).

Şayet, “zorlayıcı-baskın kamu yararı” testi uygulanacak ise, o takdirde, test, dinî saikle gerçekleştirildiği düşünülen tüm eylemler genişliğinde uygulanmalıdır. Üstelik, zorlayıcı-baskın kamu yararı, gerçekten sözcük anlamını ifade ediyor ise –ki bu testi bu şekilde sulandırmak, testin diğer alanlardaki sertliğini de azaltacaktır- bir çok yasa bu testi aşamayacaktır. Böyle bir sistemi kabul eden herhangi bir toplum, anarşiye davetiye çıkaracağı gibi, bu tehlike de, toplumdaki dinî inançların çeşitliliği ve bunların hiç birinin bastırılmamasındaki ya da zorlanmamasındaki kararlılık derecesiyle doğru orantılı olarak artacaktır. Neredeyse her tür dinî tercihe sahip bulunan insanların oluşturduğu kozmopolit bir Ulus olduğumuz ve kesinlikle bu dinî farklılığa değer verip koruduğumuz için, eylemlere ilişkin her düzenlemeyi, din gerekçesiyle karşı çıkan kişilere uygulanmaları bakımından, en yüksek düzeydeki bir kamu yararını korumadığından hareketle, önceden geçersiz varsaymak şeklindeki bir lüksü kaldıramayız.

Davacların yanında yer aldığı kuralın kabulü, akla gelen her türlü vatandaşlık yükümünden, Anayasa’nın gereği olan dinî muafiyetler beklentisine yol açabilecektir ki; muaf tutulmanın örnekleri, zorunlu askerlik görevinden vergi yükümüne, adam öldürme ve çocukların korunması yasaları gibi genel sağlık ve güvenlik düzenlemelerine, zorunlu aşı veya uyuşturucu yasalarına, trafik kurallarından asgarî ücret ve sosyal refah veya çocukların çalıştırılması yasalarına, kurban etme dahil hayvanları koruma yasalarından çevre koruma mevzuatına, ırklar arasında fırsat eşitliği sağlayan yasalara kadar uzanmaktadır. (59) Anayasa’nın din hürriyetini güvence altına alan hükmü, bunu öngörmüş, gerektirmiş değildir.

Anayasa’nın Haklar Bildirgesi’ne yazılarak, siyasal ve yönetsel makamların müdahalesine karşı korunan değerler, bu yazılım nedeniyle siyasal sürecin dışında tutulmuş değildir. Anayasa’da basına sağlanan olumsuz ifadedeli korumanın (60) gerekliliğine inanan toplum olarak, nasıl, basılmış eserlerin yayınlanmasını kolaylaştıran olumlu ifadedeli düzenlemeler de yapılması beklenirse, aynı şekilde, dinî inançlara ilişkin olarak olumsuz ifa-

---

(59) Bu örneklere ait kararlar için bakınız kararın 889. sayfasına.

(60) Ek Madde 1: Kongre ...kısıtlayan yasa yapmayacaktır. Congress shall make no law abridging ...

deli korumayı kabul eden bu toplumun, yasa düzenlemelerinde, bu değeri de dikkate alması beklenebilir. Bu nedenle, bir çok Federe Devlet'in, uyuşturucu yasalarına, kutsal amaçlı peyote kullanımı konusunda istisna koymaları bir sürpriz değildir. Bununla beraber, ayırım gözetmeyen dinî uygulama muafiyetine izin verilmesini, hatta bunun arzu edilir olduğunu söylemek, bunun, Anayasal bir gerek olduğunu ve istisnanın yaratılması için uygun olan durumların, mahkemeler tarafından kabul ve tanıma görebileceğini söylemek değildir. Bu konudaki uyarılama işinin siyasal süreçte bırakılmasının, yoğun olarak gerçekleştirilmeyen dinî eylem ve uygulamalar bakımından görelî bir dezavantaj yaratacağı, doğru olarak söylenebilir ise de; ancak, demokratik yönetimin kaçınılmaz sonucu olan bu durumun, her inancın kendisinin hukukunun olduğu veya yargıçların tüm yasaların sosyal önemini tüm dinî inançların temel önemine göre tartıp değerlendirildiği sisteme tercih edilmesi gerekir.

Davahların peyote kullanımı yasalarına göre yasak olduğundan ve yasaklama da Anayasa'ya uygun bulunduğundan, Anayasa'nın, din hürriyetinin serbestçe kullanımı hükmüne uygun olarak işten çıkartılmalarının, bu uyuşturucuyu kullanmalarının sonucu olması halinde, Oregon Federe Devleti'nin, davacıları işsizlik tazminatından mahrum bırakabileceğine hükmediyoruz.

## Church of the Lukumi Babulu Aye Kararı (61)

### Birinci Evre

Yüksek Mahkeme, bu kararında, önceki sayfalarda, tamamına yakın kısmını aktardığımız "gerçek bir dönüm noktası" olan Smith Testi'ni, çoğunluk, azınlık ve katılma oylarıyla, bir kez daha gözden geçirmek fırsatını bulmuştur. Bu fırsat, Mahkeme'ye, aynı zamanda, Sherbert ile Smith'i birlikte irdeleyerek, taşları yerine oturtma olanağını da sağlamış ve din hürriyetinin serbest kullanımı hakkının artı-eksi boyutları tam olarak netleşmiş ve yerleştirilmiştir.

Florida'da, Hialeah şehri Şehir Meclisi, 9 haziran 1987 günlü olağanüstü toplantısında ve izleyen toplantılarda ne yapmıştır?

(61) Church of the Lukumi Babulu Aye v. City of Hialeah, 508 US 558 (1993).

Şehir Meclisi, halkın, kamu ahlâkı, sulh-sükûn veya kamu güvenliği ile bağdaşmayan dinî eylemler konusundaki “endişesi”ni (62) ve şehir yönetiminin de dinî amaçlı olsun/olmasın, hangi dine ait olursa olsun, bu tür eylemlere karşı “taahhüdü”nü dikkate alarak, bu toplantılarda yaptığı düzenlemelerle, hayvanların, dinî nedenlerle veya dinî ayinlerde kurban edilmesi dahil, yiyecek olarak tüketilmesi asıl amacı dışında “gereksiz” ve “vahşice” öldürülmesini yasakladı. Yasağın kapsamı dışında bırakılan hayvan kesimleri, hem yiyecek işlevli, hem de esas itibariyle, ruhsatlı kesim yerlerinde gerçekleştirilmiş olacaktır.

Bu arada, şehir yönetimi, söz konusu düzenlemenin Florida Hayvanlara Kötü Muamele Yasası karşısındaki durumu için Florida Adalet Bakanlığı’ndan, dinî kuran kesme eyleminin altını çizerek görüş istedi ve temmuz ortasında şu yanıtı aldı:Florida yasasına göre, hayvanların, yemek tüketimi dışında nedenlerle, dinî ayinlerde kurban edilmesi, “gerekli” öldürme değildir ve yasaklanabilir. Dinî kurban kesme eylemi, Florida Federe Devleti tasalarına aykırıdır, bu eylemi yasaklayan Şehir Meclisi düzenlemeleri bir aykırılık taşımaz.

Eylül ayına gelince, Şehir Meclisi, doğrudan doğruya dinî kurban konusunu ele alan ek düzenlemeler giderek, özetle, hayvanların, genel ya da özel ayinlerde kurban edilmesini veya yiyecek olarak tüketim “asıl” amacı dışındaki bir törende kesilmesini veya bu amaçla barındırılmasını, oybirliği ile yasakladı ve ihlâlini 500 doları aşmayan para cezası ve 60 güne kadar hapis veya her ikisi ile müeyyidelendirdi.

Hialeah şehir yönetimi, bu düzenlemeyi yapmak cihetine neden ve ne zaman gitmiştir?

Olay, Santeria dini uygulamaları ile ilgilidir. Bu din, 19. yüz yıl ortasında meydana çıkmıştır. Şöyle ki, Yoruba halkından yüz binlerce insan, doğu Afrika’dan köleler olarak getirilince, geleneksel Afrika dinleri, Roma Katolik dininin önemli unsurlarını da içine aldı ve bu kaynaşmanın sonucu olarak, “azizlerin yolu” olan Santeria doğdu. Küba Yorubası, kendilerinin ruhlara adanmasını, Katolik azizlerin ikonlarının yapımı ile açıklamakta,

---

(62) concern.

Santeria törenlerinde Katolik semboller sıklıkla yer almakta ve Santeria mensupları Katolik kutsal törenlerine katılmaktadır. Santeria inancı, her bireyin, Tanrı tarafından belirlenmiş ve orishas adlı ruhların yardım ve enerjisi ile gerçekleştirilen bir kaderi olduğunu öğretir. Santeria dininin temeli, orishas ile kişisel ilişkinin kurulması olup, bunun en önemli özgülenme şekillerinden biri de bir hayvanın kurban edilmesidir. Santeria öğretisine göre, orishas, yani ruhlar, güçlü olmakla beraber ölümsüz olmadıklarından, yaşamak için kurbanlara bağımlıdır. Kurban eylemi, doğum, evlenme, hastaların iyileştirilmesi ve ölüm ayinlerinde, yeni üyelerin ve rahiplerin katılması sırasında yapılmaktadır. Santeria ayinlerinde, kurban edilen hayvanlar, piliçler, kumrular, güvercinler, ördekler, küçük domuzlar, keçiler, koyunlar ve kaplumbağalardır. Bu hayvanlar, boyundaki ana damarın kesilmesi hareketi ile öldürülmektedir. Kurban edilen hayvan, ölüm ayininden sonra pişirilip yenmektedir.

Santeria'lar, dinleri yüzünden, Küba'da, büyük ölçüde baskı, endişe ve acı içinde kaldıklarından, dinin gereklerini ve ayinlerini gizli şekilde yapmışlardır. Açık Santeria eylemleri ve ayinleri halâ seyrek olmaktadır. Santeria dini, ABD'ne, çoğunlukla devrimden sonra Küba'dan kaçanlar tarafından getirilmiş olup, bu gün, güney Florida'da en az elli bin aktif üyesinin bulunduğu tahmin edilmektedir,

Davacı Lukumi Babulu Aye Kilisesi, Florida yasaları uyarınca 1973'de kurulmuş olan ve kâr amacı gütmeyen bir kuruluştur. Kilise ve mensupları, Santeria dininin gereklerini yerine getirmektedir. Nisan 1987'de, Kilise, Hialeah şehrinde bir arazi kiralayarak, ibadet edilecek bir yer ile birlikte bir okul, kültür merkezi ve müze kurulması konusunda plânlarını duyurdu. Ayrıca, Kilise, amacının, hayvan kurban edilmesi ayini dahil, Santeria inancının eylemlerini, gizli olmayan alenî biçimde gerçekleştirilmesi olduğunu açıkladı. Kilise, faaliyete geçmek için gereken su, elektrik, gaz, telefon gibi hizmetleri bağlatmak ve ruhsatları, zoning onaylarını almak için harekete geçti; bütün bu işlemler, zor da olsa, Ağustos ayında tamamlandı.

Şehrin orta yerinde Santeria Kilisesi'nin varlığı beklentisi, Hialeah halkının çoğu için ciddi ölçüde endişe verici olduktan başka, Hialeah'da bir Santeria Kilisesi'nin açılacağı plânlarının duyurulması ile birlikte, Şehir Meclisi, olağanüstü toplanarak dava konusu düzenlemeleri yaptı.



Kilise'nin rahibi ve başkanı Ernesto Pichardo ile Kilise, Anayasa'nın, din hürriyetinin serbest kullanımı hükmü karşısında haklarının ihlâl edildiği iddiasını ileri sürerek, Şehir Meclisi'nin düzenlemelerine karşı bu davayı açtılar; davalı mevkiine de, Hialeah şehrini, şahsen belediye başkanı ile Meclis üyelerini getirdiler.

Federal Yargı'da bakılan davada, tek yargıçlı mahkeme (63) dokuz gün süren duruşmaların sonunda, ileri sürülen ihlâlin "bulunmadığı" kararına şu analizi yaparak ulaştı:

Şehir Meclisi'nin düzenlemelerinin (64) "dinî yönden yansız olmadığını" ve şehrin hayvanların kurban edilmesi konusundaki endişesinin, şehirde bu Kilisenin kurulması ile kuvveden fiile yükseldiğini kabul etmekle beraber; Mahkeme, düzenlemelerin amacının, Kilise'nin şehirden sürülmesi değil, herne sebeple yapılırsa yapılısın hayvan kurban edilmesi uygulamasına son verilmesi olduğu hükmüne vardı. Ayrıca, Mahkeme, düzenlemelerin, bu yazılımları ile dinî eylemleri hedef almadığına kanaat getirdi ve sonuçta, düzenlemelerin, davacıların dinî eylemleri üzerindeki etkisinin, "onların secular amaçları ve sonuçları bakımından ikincil" olmaktan öteye gitmediğini belirtti.

Mahkeme, analizin bir sonraki aşaması olarak, düzenlemelere temel oluşturan kamu yararının, "zorlayıcı-baskın" olup olmadığına, eğer zorlayıcı-baskın ise, bu takdirde, "kamu yararı ile dinî yararları dengeleme" adımlarını atmağa girişti.

Dengeleme, anılan kurban kesme dinî eyleminin devamına herhangi bir engel olmaksızın izin verilmesinin, "şehir yönetimi bakımından maliyeti-ne karşı, getirilen düzenlemenin dinî yarara yüklediği maliyet" üzerine bina edilecektir.

Bu bağlamda, Mahkeme, dört zorlayıcı-baskın kamu yararı buldu. Birincisi, hayvan kurban edilmesi eylemi, hem bu eyleme katılanlar, hem de kamu bakımından, önemli sağlık riski arz etmektedir. Çünkü, kurbanlık

---

(63) District court

(64) Ordinances

hayvanlar, çocuklukla, sağlıklı koşullarda ve denetimsiz tutulmakta, hayvan atıklarına umuma açık yerlerde rastlanmaktadır. İkinci olarak, Mahkeme, hayvanların kurban edilmesi eylemlerinin, izleyen çocuklarda duygusal zarar yarattığını gördü. Üçüncüsü, şehrin, hayvanların vahşi ve gereksiz olarak öldürülmekten korunmasındaki yararını, zorlayıcı-baskın nitelikte buldu. Ayrıca, Mahkeme, Santeria kurban etme eyleminde kullanılan öldürme yönteminin “güvensiz ve gayriinsanî” olduğuna ve hayvanların, kurban edilmeden önce, hayvanlarda büyük ölçüde gerilim ve korku yaratan koşullarda muhafaza edildiğine karar verdi. Dördüncüsü, şehrin, hayvan kesiminin ya da kurban edilmesinin, kesim yerleri olarak belirlenmiş (65) yerler ile sınırlı tutulmasındaki kamu yararını, zorlayıcı-baskın nitelikte buldu.

Sonuçta, Mahkeme, dengelenen bu yararlardan, şehrin, zorlayıcı-baskın kamu yararının, dinî ayin mahiyetindeki kurban kesme eylemine, yapılan düzenlemeler ile “getirilen mutlak yasağı, tamamen haklı kıldığına” karar verirken; dinî nedenle kurban etme yasağında istisna yapılmasının, “söz konusu kamu yararının yerine getirilmesine aşırı müdahale” olabileceğine işaret ediyordu. Çünkü, daha dar sınırlamaların kabulü, hayvanların cesetlerin atılmasının düzenlenmesi gibi, Santeria dinindeki gizlilik özelliği yüzünden uygulanamaz olabilir. Şehir Meclisi’nin düzenlemelerinden, dinî konulu bir istisna, şehir yönetiminin koyduğu yasağın uygulanmasındaki zorlayıcı-baskın kamu yararını zora sokabilir veya boşa çıkartabilir.

Mahkeme’nin bu kararının temyiz edilmesi üzerine, 11. Bölge Temyiz Mahkemesi (66) bir paragraflık karar ile hükmü onadı.

### **Church of the Lukumi Aye Kararı**

#### **İkinci Evre**

1987 yılında yapılan düzenlemelerin, Anayasa’ya aykırılık taşıdığı iddiası ile açılan dava, 1989’da alt mahkemede “aykırılık yoktur” şeklinde karara bağlandıktan sonra, Temyiz Mahkemesi tarafından da 1991 yılında onan-

---

(65) Zoned  
(66) Appellate Court

dı. Davanın ABD Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelmesi, Mahkeme'nin, Smith Testi'nin daha mürekkebi kurumadan ortaya çıkan bu fırsatı değerlendirecek, din hürriyeti ile serbest kullanım meselesini bir kez daha irdelleyip çizgilerin netleşmesine olanak sağladı. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme, 1991 yılında Esas:91-948 sayılı ile davayı esaslan temyiz incelemesine almayı uygun gördü. Davanın sözlü açıklaması 4 Kasım 1992 günü yapıldı ve 11 Haziran 1993'de gerekçeli karar yayınlandı.

Yargıç Kennedy'nin kaleme aldığı ve açıkladığı ve de dört kısımdan oluşan kararda, dikkat çekici bir nokta, karşı oyun bulunmaması, yani inceleme konusu düzenlemelerin, Anayasa'nın Ek 1. maddesinin din hürriyetinin serbest kullanımı ilkesine aykırı bulunmasında ittifak edilmesidir. Bir diğer nokta, Blackmun- O'Connor ikilisinin, sadece hükme katılarak, gerekçede adeta karşı oy yazıyormuş gibi diğer yargıçlardan ayrılmaları. Scalia - Rehnquist ikilisinin ve ayrıca Yargıç Souter'in, gerekçede yer yer ayrılan katılma şerhi yazmaları; Mahkeme'nin kararının hüküm fıkrası 9 oy (67) toplarken, az sonra metninden aktarımlar yapacağımız gerekçenin, 6-7 oy çokluğu ile çıkması da bir başka nokta olarak beliriyor.

Bu sunuştan sonra, kararın metnine geçerek, Yüksek Mahkeme'nin, "din hürriyetinin serbest kullanımı hakkı" ile bu alana değinen düzenlemeler konusunu işleyiş biçimini, yaptıkları saptamaları ve bu meseleye noktayı koyan "mühendisliği" görebiliriz.

Birinci adım ve "ilk test" olarak, Yüksek Mahkeme, iki koşullu Smith Testi'ni uygulamaya başlıyor.

Din hürriyetinin serbest kullanımının Anayasal korunması konusuna yaklaşırken, kararlarımız şu genel ilkeyi koymuştur: Yansız ve genel uygulanma niteliği taşıyan bir yasanın, belli bir dinî "eylem" üzerinde ikincil etki şeklinde bir yük getirmesi halinde bile, zorlayıcı-baskın bir kamu yararına dayanması koşuluna gerek yoktur. Yansız olma ve genel uygulanma niteliği taşıma, bir biri ile yakın ilişkili iki husus olup, bu davada da açıkça görüldüğü gibi, bu iki koşuldan biri gerçekleşmemesi, diğerinin de yerine getirilmediğinin olası işaretidir. Bu iki koşulu birlikte yerine getir-

---

(67) Yani oybirliği

mekte yetersiz kalan bir yasa, o zaman, ancak, düzenlemeyi haklı kılan zorlayıcı-baskın bir kamu yararına dayanmalı ve bu yararın gerçekleşmesine olanak sağlayacak ölçüde dar kaleme alınmalıdır.

Dava konusu düzenleme, ifadesini, Smith Testi'nin yukardaki yazımında bulunan iki koşulu yerine getirmek konusunda yetersiz kalmıştır.

Tartışmaya, "yansızlık kavramı" ile başlayalım. Din hürriyeti (68) kararlarımızda, sıklıkla belirttiğimiz ilke, Ek 1. maddenin, bir dinin veya genel olarak dinin onaylanmaması şeklindeki resmî bir amaç ile yetki kullanımını yasakladığıdır. Bununla beraber, bu kararlarımız, büyük kısmı ile, din veya belli bir din yararına amaçlı resmî gayret ve girişimlere yönelik olmuş ve bu yüzden bu davadaki hukuksal sorundan farklı bir sorunu konu almıştır.

Din hürriyetinin serbest kullanımı (69) hükmünün sağladığı güvenceler, en azından, ilgili yasanın, tüm veya bazı dinî inançlar aleyhine ayırım yaptığı veya dinî nedenlerle yükümlenilmiş eylemleri yasakladığı ya da düzenlediği haller ile ilgilidir. Anayasa'ya bu hükmü koyanların bu konudaki ilgisini harekete geçiren husus, kuşkusuz, tarihteki dinî eziyet ile hoşgörüsüzlük örnekleri olmuştur.

Dinî inançları hedef alan bir yasaya, bu yanı nedeniyle, hiçbir zaman izin verilmemiş ise de; yasanın amacı, bir takım eylemleri, dinî saik taşıdıkları "için" sınırlamak olduğu takdirde, bu yasanın getirdiği düzenleme, yansız olmayıp, zorlayıcı-baskın kamusal yarara dayanmadığı ve bu yararın gerçekleşmesine olanak sağlayacak ölçüde dar çizilmediği sürece geçersizdir.

Bir yasanın amacını belirlemek için, yasanın metni ile başlamalıyız. Çünkü, yansızlığın asgarî koşulu, yasanın düz okunduğunda (70) ayrımcılık yapmamasıdır. Eğer yasa, metninden ve yazılımindan anlaşılabilen seküler bir anlam taşımaksızın, bir dinî eyleme atıfta bulunuyorsa, bu yasa, görünüşünde, yansızlıktan mahrum demektir. Davacılar, dava konusu dü-

(68) Establishment (of religion) clause

(69) Free exercise of religion clause

(70) On its face

zenlemelerin, güçlü dinî ifade taşıyan “kurban etmek” ve “dinsel tören” sözcüklerini kullandıkları için, “görünüşte yansız olma testi”ni aşamadıklarını ileri sürmektedir. Bu sözcüklerin, görünüşte ayrımcılık taşımak iddiası ile uygun olduğunda anlaşmakla beraber, bu iddiayı yeterli bulmuyoruz. Her iki sözcük, dinî kökenli olmakla beraber, hali hazır kullanımı, seküler anlamlı da kabul edilmektedir. Kaldı ki, mevcut düzenleme, “kurban etmek” sözcüğünü, dinî uygulamalara yollamada bulunmadan, seküler bağlamda tanımlamaktadır. Ayrıca, görünüşte yansız olmak/olmamak, belirleyici nitelik taşımadığından, incelememizi, dava konusu metinlerin içeriğine girerek sonuçlandırıyoruz.

Anayasa'nın Ek 1. maddesinin, din hürriyetinin serbest kullanımı hükmü, din hürriyeti hükmü (71) gibi, düz okuyuşta, ayrımcılığın ötesine uzanır. Bu hüküm, yansızlıktan, anlaşılması güç ayrılışları ve belli bir dinî inancın örtülü biçimde men edilmesini yasaklar; kamu makamlarının açık ya da maskelenmiş husumetine karşı korunma sağlar. Bu nedenlerle, Mahkeme, din alanında bir takım manipülasyonlarla kelime oyunlarını bertaraf etmek için, kamusal işlemleri, kılı kırk yarararak incelemelidir.

Diğer taraftan, metinden ayrı olarak, bir yasa veya idarî düzenlemenin, uygulamasında yarattığı etki, onun taşıdığı amacı açıklayan güçlü bir kanıttır.

Mahkeme, yansızlığa açıklık getiren bu hususları, davaya uyguladıktan sonra, bunların hepsinin topluca ifadesi ve “yansızlık” koşulunun formülasyonu mahiyetinde değerlendirilebilecek olan aşağıdaki paragrafı yazmıştır:

Özetle, “yansızlık” konusundaki incelememiz, bizi tek sonuca götürmektedir: Hialeah Şehir Meclisi'nin yaptığı düzenlemeler, dinin bastırılması amacını taşımaktadır. Kararımızda irdelediğimiz model, Santeria taraftarlarına ve dinî uygulamalarına husumeti ortaya koymakta; düzenlemeler, kendi ifadeleriyle, bu dinî uygulamayı hedef almakta; düzenlemelerin metinleri, hemen hemen bütün seküler hayvan öldürmelerini hariç tutarken, Santeria dininin temel unsuru olan dinî hayvan öldürmeleri dikkat-

(71) Free exercise clause, like the establishment clause...

le yasaklayan manipülasyonlarla, kelime oyunlarına (72) tabi tutulmuş; ayrıca yapılan düzenlemeler, dinî uygulamaları, davalıların savunmalarında ileri sürdükleri meşru sonuçlara ulaşmak için gerekenden daha fazla ölçüde engellemiştir. Bu düzenlemeler yansız değildir.

Din hürriyetinin serbest kullanımı, testinin ikinci koşulu olan “dinî uygulamaları sınırlayan yasaların genel uygulanma niteliği taşıması” (73) konusuna gelince, bilindiği gibi, bütün yasalar, bir ölçüde öncelik taşır ise de, bir yasanın, dinî uygulamaları sınırlayıcı ikincil etkisinin bulunması halinde, hangi yasanın daha öncelikli olacağı noktası çok büyük önem arz eder. Din hürriyetinin serbest kullanımı hükmü, bu hakkını kullananları, eşit olmayan muamelelere karşı korur ve bu bağlamda eşitsizlik, yasama organının, çıkardığı yasa ile gerçekleştirmeyi düşündüğü kamusal yararların, sadece dinî motivasyonlu eylem ve davranışlara karşı izlenmeğe değer olduğuna karar vermesi halinde ortaya çıkar. Devletin, meşru kamusal yararların izlenmesinde, seçici bir biçimde, sadece dinî inanç motivasyonlu eylem ve davranışlara sınırlama koyamayacağı ilkesi, din hürriyetinin serbest kullanımı hükmü ile güvence altına alınan hakların korunması için zorunludur.

Özetle ve sonuç olarak, bu düzenlemeler, Hialeah şehrinin kamusal yararlarını, “sadece” dinî inanç motivasyonlu eylemlere karşı ileri sürmektedir. Ayrıca, bu düzenlemeler, Hialeah toplumunun, tüm kendi mensuplarına değil, sadece Santeria dini mensuplarına karşı koymaya hazırlandıkları bir yasağın tüm göstergelerine sahip bulunmaktadır. Düşünülen bu açık ve kesin kötülük, dinî uygulamalara kısıtlama getiren yasaların genel uygulanma niteliği taşıması koşulunun, önlemeyi amaçladığı şeydir.

Mahkeme, böylece, Smith Testi'nin aradığı iki geçerlilik koşulunun gerçekleşmediğine karar verdikten sonra, “ikinci adımı” atıyor ve “tamamlayıcı” mahiyette olan “Dengeleme Testi”ni uyguluyor.

Dinî eylemlere sınırlama getiren yasaların, yansız ve genel uygulanma nitelikli olmamaları halinde, en katı ve dikkatli incelemiden geçmeleri zo-

72) Gerrymandered

73) Laws burdening religious practice must be of general applicability...

runluluğu ortaya çıkıyor. Kısaca, “Zorlayıcı-Baskın Kamu Yararı Testi” adını taşıyan bu Test de, şu iki unsurdan oluşuyor: Dinî eylemleri sınırlayan bir yasa (74) “en yüksek düzeyde kamu yararına hizmet etmeli ve bu amaca ulaşılması bakımından dar-sıkı biçimde yazılmalıdır. Dinî eylem ve davranışlara farklı muamele yapılmasını hedef alan veya bunlara karşı meşru kamusal yararlar taşıyan yasa, sözünü ettiğimiz katı ve dikkatli incelemeyi, ender hallerde aşacaktır. Hialeah düzenlemeleri ise, bu incelemeye dayanamaz. Çünkü, taşıdıkları hükümler itibariyle, gerçekleştirmeyi hedefledikleri kamu yararı, zorlayıcı-baskın olsa bile, amaca bağımlı olarak dar-sıkıca yazılmış değil, aksine, temel hususlarda aşırı geniş veya dar kapsamlıdır. Varılmak istenen amaçlar, dinî nitelik taşımayan benzer eylemlere paralellik arz etmediği gibi, bu amaçlara ve kamu yararına, dini, çok daha az derecede sınırlayan daha dar düzenlemelerle ulaşılabilirirdi. Dar-sıkı biçimde yazılmamış olması, bu düzenlemelerin geçersiz sayılması için kâfi görülmüştür.

Bundan başka, davalı, yaptığı düzenlemenin metninde, kamu yararının, zorlayıcı-baskın olduğunu da ortaya koyamamıştır. Sınırlama, sadece, Anayasa’nın Ek 1. maddesinin koruduğu bir eyleme ilişkin olup, ciddi ve önemli bir zarar yaratan diğer eylemleri sınırlamak için işler önlemler koymakta başarısız kaldığı takdirde, bu düzenlemelerdeki sınırlamaların haklılığı için gösterilen yararlar, zorlayıcı-baskın nitelikte değildir. Katı ve dikkatli inceleme konusundaki içtihadımız ile yerleştirdiğimiz gibi, bir yasa, yasaklanmamış yaşamsal sayılan bir yarara, göze çarpan bir zarar verdiği takdirde, bu yasa, “en yüksek düzeydeki kamusal bir yararı koruyan” yasa sayılamaz.

## Sonuç I

### Smith, Lukumi, RFRA ve Boerne’nin Söylemi

İki yüz yaşını aşan ABD Anayasası, Ek 1. maddesinde, din hürriyeti konusunda, “establishment of religion” ile “free exercise thereof” sözcüklerini seçerek “din ve inanç hürriyeti / bu hürriyetin tutum,davranış,eylemler

---

(74) ...veya idarî düzenleme...

ile kullanımı” ayırımı yapmış; bu suretle, ikisini, bir yerden sonra ayırarak farklı hukuksal esaslara tâbi tutmuştur.

Bizim, bu incelemede ilgilendiğimiz ve ortaya çıkardığımız nokta, ibadet ve ayinler başta olmak üzere, din hürriyetinin eylemli kullanımı, yani free exercise, ve bu kullanım hakkının, başta Devlet olmak üzere, kamu makamlarının, “kendilerine yasalarla verilmiş olan görevlerini yerine getirmek kamusal amacı ile düzenleme, yasaklama, izin verme ve diğer idarî yetkilerini kullanırken ve bunlara ilişkin yasalar yapılırken ve davalar hükme bağlanırken karşılaşması durumunda çıkacak olan “hukuksal problem”in nasıl ele alınacağı ve çözümleneceği idi.

Gördük ki, “kendi asıl alanları” ile meşgul olan yasa ve idarî işlemler, din hürriyetinin kullanımı teşkil eden “eylemler” üzerinde bir takım sınırlayıcı, yasaklayıcı veya kazandırıcı ya da ayırıcı etkiler meydana getirebilir. Bunlar, dini veya dinî inancın kendisini hedef almayan “genel uygulanabilir nitelikte ve yansız olduğu ve söz konusu dinî eylemler üzerinde ikincil etki şeklinde bir yük getirdiği” sürece, Anayasa karşısında işlem geçerlidir; Dengeleme Testi’ne giderek, zorlayıcı-baskın kamu yararının bulunması koşulu ile geçerli kılmağa gerek yoktur. Çünkü, daha sonra Boerne kararında açıkça yazıldığı gibi, “modern düzenleyici Devlet’in bir gerçeği” (75) de, bu görevi ve işlevi gereği yapılması zorunlu olan bir çok yasa, idarî düzenleme ve işlemin, haliyle, bireylerin din ve inanç hürriyetlerinin kullanmalarında, bir takım önemli ve esaslı sınırlamaları da birlikte getirmesidir. Hedefinin, amacının ve alanının, dinî inançlara artı-eksi müdahale etmek olmayan bu hükümlerle karşılaşanlara, hukuksal olarak, diğer vatandaşlardan daha fazla bir yük yüklenmiş, diğerlerine de ayrıcalık tanınmış değildir. (76)

Reynolds’u 85 yıl sonra tahtından indiren ve yerine, bütün dinî uygulamaları ve eylemlerin “geçerli olma karinesi” taşıdığı esası üzerine kurulan (77), bu nedenle de baskın kamu yararı dengelemesini getiren Sherbert Testi’ni

(75) reality of modern regulatory state...

(76) Michael CORBETT-Julia Mitchell CORBETT : Politics and Religion in the United States 207 (Garland Publishing Inc. 1999)

(77) SAISON: n.10, Sf.665



reddeden yeni test, yani Smith Testi, üç yıl sonra, 1993'de tekrar gündeme geldi. Yüksek Mahkeme, Lukumi'de, söz konusu kategori düzenleme ve işlemlere, önce Smith'in, biraz evvel özetlediğimiz iki koşulunun uygulanacağını, eğer bu koşullar bulunmaz ise, bir tür dengelemeyi içeren "zorlayıcı-baskın kamu yararı ile en dar çizilmiş sınırlama" koşullarının aranmasını ve gerçekleştirilmesini emretti. Böylece, Smith Testi'ni, Yüksek Mahkeme, Lukumi'de, iki aşamalı olarak yineledi, açıkladı ve tescil etti; ayrıca, Sherbert'in kalktığı da, bir kez daha ortaya konuldu.

Ancak, Sherbert'in yerini Smith Testi'nin alması, incelememizin başında yazdığımız tepkilere yol açınca, Kongre'de, iktidar ile muhalefet işbirliği yaparak, 1994 yılında çıkarttıkları Din Hürriyetinin Restorasyonu Kanunu (RFRA) ile Smith'i hükümsüz bırakıp, Sherbert'e yeniden ve tek başına geçerlilik kazandıran bir "operasyon" gerçekleştirdiler. Ancak, bu girişim, Yüksek Mahkeme'nin "fonksyon gasbı" nitelemesi ile 1997 yılında, Boerne'de püskürtüldü.

Aslında, 1960'ların ortasından itibaren oluşmağa başlayıp, adım adım ilerleyerek, Smith'de noktalandıktan sonra Lukumi'de daha da açıklanan Smith Testi, dinî eylem ve uygulamaları sınırlayan yasa ve idarî işlemlerin, Anayasa karşısında geçerli olabilmesi için, yansız ve genel uygulanabilir içerikte bulunmasını ve ikincil etki taşımasını yeterli sayarak, ayrıca, zorlayıcı-baskın kamu yararının varlığına gerek görmeyen ve onun yerine basit "rasyonel dayanak" (rational basis) bulunması ile yetinen ve bu formülasyonu ile din hürriyetinin serbest kullanımı hakkına uygulanacak olan "yegâne test" olarak ilân edildi. Bu arada, Yüksek Mahkeme'nin, birincisi, içeriği itibariyle, din hürriyetinin kullanımı eylemlerine "doğrudan doğruya" ilişkin bulunan sınırlamaların, ikincisi de, eylemle birlikte Anayasa'nın, örneğin fikir ve düşünceleri açıklama hürriyeti gibi başka bir hükmünü de gündeme getiren hükümlerin bile, zorlayıcı-baskın kamu yararının varlığı halinde, son derecede sıkı-dar çizilmiş biçimde yapılabileceğine izin verdiği de unutulmamalıdır.

Bu gelişme çizgisi ile birlikte değerlendirince, 1997 yılının ve Boerne kararının, gerçekten çok özel anlam ve önem taşıdığı ve çok şey öğrettiği kuşkusuzdur.

## Sonuç II

### Türkiye'ye Yansıtma

Yeni bir Anayasa amacıyla düzenlen Kurultay için hazırlanan bir bildiri, işlediği konuda, bu noktaya yanıt veren bir içeriğe sahip olmalıdır. Bu açıdan bakınca, şu noktaların belirtilmesi gerekmektedir:

1924 Anayasası'na, Devlet'in dini, din-i İslâmdır hükmünü koyduktan sonra, 1928 yılında, bu anlayışı ve hükmü Anayasa'dan çıkartan ve 1937'de lâiklik ilkesini ekleyen bir gelişme çizgisi oluştuktan başka; gerek 1961, gerekse 1982 Anayasalarında, Devlet'in, sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenininin, kısmen de olsa, din kurallarına dayandırılmayacağını buyuran bir hukuk düzeninde –ki bu lâikliğin tanımıdır– dinî inanç hürriyetinin özgür kullanımı teşkil eden dinî uygulamalar ve eylemlerden, “modern düzenleyici Devlet'in bir gerçeği ve gereği olarak”, ancak, Smith Testi'nin bakışı, yaklaşımı ve esasları ile sınırlı olarak söz edilmesi mümkündür. Ayrıca, bu hususu ifade etmek bakımından, uygun olan metin, 1982 Anayasası'nın 24'ncü maddesi değil, 1961 Anayasası'nın 19'uncu maddesi olduktan başka; özellikle, 2'nci fıkradaki “...bu amaçlarla çıkarılan kanunlar” hükmü, aslında, Smith Testi'nin formül yazılımını teşkil etmektedir. Bu itibarla, 19'ncü maddenin, vicdan, din ve inanç hürriyeti ile “özgür kullanım” ayırımını benimsemesi ve 2'nci fıkranın buna göre metinleştirilerek ve buna kamu yararı ölçütü de eklenerek, şu şekilde kaleme alınması gerekecektir: “Kamu düzenine, genel ahlâka, kamu yararına veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan ibadetler, dinî ayin ve törenler ile diğer eylemler serbesttir.”

Diğer taraftan, bundan 123 yıl önce, Reynolds kararında hükme temel yapılan ve önceki sayfalarda yer verdiğimiz “...Amerikan halkının, toplumsal görevlere ters düşen nitelikte doğal hakları da yoktur. Kaldı ki, dinî doktrinlerin, ülkenin yasalarının üstünde tutulması, sonuç itibariyle, her vatandaşın kendi hukukunu kendisinin belirlemesine müsaade etmek olacaktır ki, bu durumda, Devlet'in varlığından sadece bir isim olarak söz edilebilir” ahntısı ile, Smith'de tekrarlanan Yargıç Frankfurter'in 1940 tarihli “Kişilerin, politik toplumu –Devlet'i- ilgilendiren meseleler ile çatışan dinî inançlara sahip olması, onun, vatandaş olarak, kamusal sorumluluk-

larını yerine getirmek yükümünü ortadan kaldırmaz. ... Yasalar, eylem ve davranışların düzenlenmesi için yapılırlar ve herne kadar salt dinî inanç ve düşüncelere müdahale edemezler ise de, bunların uygulamalarına edebilirler. Bir kimse, yasaya aykırı eylemlerini, dinî inancını gerekçe göstererek mazur kılabilir mi? Böyle bir şeye izin vermek, dinî inanç ve doktrinleri, Ülke'nin yasalarından üstün tutmak olur ve sonuçları itibariyle, her vatandaşın, kendi yasasının koyucusu olmasına müsaade edilmesi anlamını taşır" alıntısını ve Mahkeme'nin, "bir yüzyılı aşan ...içtihadımız aksi yöndedir" hükmü bir iddiayı noktalamaktadır: Din esasî üzerine bina edilecek olan "çok hukukluluk" veya "herkesin kendi inancına göre yaşaması" ve benzeri tezlerin, lâik Devlet ve Hukuk düzeninde ve yaşam şeklinde, çağdaş bir boyutu ve hiçbir Anayasal geçerliliği yoktur.

Son olarak, eğer, Anayasa'ya din eğitim ve öğretimi hakkında bir hüküm konulacaksa, buraya kadar yazdıklarımız karşısında, bu hüküm de, 1961'in 19'ncü maddesinin konuyu düzenleyen 4'ncü fıkrası olacaktır.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Prof. Dr. Sait Güran beyefendiye çok teşekkür ediyorum.

Beşinci konuşmacımız Sayın Rıza Türmen'e söz vermeden önce, kısa özgeçmişini sunacağım: Sayın Rıza Türmen, 1941 yılında İstanbul'da doğmuştur. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirdikten sonra, Kanada'da Madril Üniversitesi Hukuk Fakültesinde mastır, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde doktora yaptı. 1966 yılında Dışişleri Bakanlığına intisap eden Sayın Türmen, New York Birleşmiş Milletler Daimi Temsilcisinde, Pakistan Türkiye Büyükelçiliğinde görev yaptı. Montreal'deki Sivil Havacılık Teşkilatı nezdinde Türkiye Temsilciliği, Singapur ve Bern'de de Büyükelçilik ve Avrupa Konseyinde Büyükelçi, 1998'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçlığı görevine seçildi ve halen bu görevi devam ediyor.

Söz sayın Rıza Türmen beyefendide; buyurun efendim.

**Dr. Rıza Türmen**

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıcı**

## **AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ AÇISINDAN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN KAPSAMI VE SINIRLAMALARI**

### **I. KAPSAM**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, bir yandan, II. Dünya Savaşı sırasındaki kitlesel insan hakları ihlallerine duyulan tepkinin, bu tür ihlallerin tekrarlanmasını önlemek iradesinin, öte yandan savaştan sonra Doğu Avrupa'ya egemen olan Sovyet sisteminin doğurduğu kaygıların bir ürünüdür.

AİHS'nin kaynağı B.M. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi olmakla birlikte, iki belge kapsam bakımından farklıdır. Evrensel Bildiri medeni ve siyasi haklar yanında ekonomik, toplumsal ve kültürel hakları da kapsamaktadır. Buna karşılık AİHS, B.M. Sözleşmeleri'nde "Medeni ve Siyasal Haklar" olarak adlandırılan temel hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Ekonomik, toplumsal hakların Sözleşme kapsamına alınmasına olanak sağlanmıştır. Örneğin, Sözleşme'ye ek 1 sayılı Protokol ile mülkiyet hakkı ve eğitim hakkı Sözleşme'ye girmiştir.

AİHS'nin kapsam ve sınırlamalarının altında yatan nedenleri anlayabilmek için hazırlık çalışmalarına kısa bir göz atmak yararlı olabilir. Avrupa Konseyi Statüsü 1949 yılında yürürlüğe girdikten sonra, Parlamenter Asamble'nin (o zamanki adıyla Danışma Meclisi) ilk olağan toplantısının gündeminde, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hazırlanmasına ilişkin bir madde yer alıyordu. Asamble'nin 8'nci oturumunda ise, Avrupa Konseyi çerçevesinde insan haklarının korunması amacıyla kollektif bir güvence mekanizması kurulması yolunda bir tavsiye kararı alındı. Fransız Parlamenter Bay Teitgen, konuşmasında bu mekanizmanın ana çizgilerini belirtti. Buna göre bir mahkeme ve bir komisyon kurulacaktı. Bireyler dilek-

çe ile komisyona başvuracak, komisyon bu dilekçeleri inceledikten sonra, önemli olanlarını mahkemeye gönderecekti. Mahkeme, Bakanlar Komitesi ve Danışma Meclisi'nce seçilecek 9 tanınmış hukukçudan oluşacaktı. Mahkeme ihlale karar verdiği takdirde, ihlale yol açan tasarrufu iptal edebilecek ve gerekirse giderme kararı verebilecekti. Tartışmaların yoğunlaştığı noktaları, güvence altına alınacak hakların hangi haklar olacağı konusu ile kollektif güvence sisteminin işleyiş biçimidir.

Danışma Meclisi, Hukuk ve İdare Komitesi'ne Sözleşme tasarısı üzerinde çalışması için yetki verdi. Komite, çalışmaları sonucunda ilk aşamada, tanımlanabilir ve demokratik rejimler tarafından uzun süredir uygulanan ve kabul edilebilir olan hakların Sözleşme'nin kapsamına alınmasını oy birliği ile kabul etti. Komite'de ortaya çıkan anlaşmazlıklar, aile hakları, eğitim hakkı (ebeveynlerin çocuklarına istedikleri eğitimi verme hakkı) ve mülkiyet hakkına ilişkindir. Bazı temsilciler bu hakların temel hak niteliği taşımadıkları nedeniyle tasarıda yer almasına karşı çıktılar. Komite tarafından hazırlanan ve 12 hakkı içeren tasarının Genel Kurul'daki oylaması sırasında İngiliz milletvekili Lord Layton'un eğitim hakkı ve mülkiyet hakkının tasarıdan çıkarılmasına ilişkin önerisi reddedildi.

Tasarı 12 hakkı içeren 2'nci maddesi yanında bir de siyasal haklara ilişkin 3'ncü madde içeriyordu. Bu madde gereğince taraf Devletler belirli aralıklarla serbest seçimler yapma ve eleştiri ve siyasal muhalefeti örgütlenme hakkına müdahale etmemeyi üstleneceklerdi.

Tasarıda, bir de bütün haklar için geçerli genel bir sınırlama öngörülmüştü. Buna göre, Sözleşme'deki haklar ancak yasa ile ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacı ile ya da demokratik bir toplumda gerekli olan ahlâk, kamu düzeni ve güvenlik düşünceleriyle sınırlanabilecekti. (1)

Bakanlar Komitesi, Danışma Meclisi'nin tasarısını kabul etmedi ve Genel Sekreter'e her üye devletin atayacağı birer hukukçudan oluşan bir grup oluşturarak bu hukukçuların bir Sözleşme tasarısı hazırlamaları yolunda

---

(1) Beddard, Ralph, Human Rights and Europe. Cambridge University Press, Cambridge, 1993, s. 22-24

talimat verdi. Uzman hukukçular grubu 1950 Şubat ayında toplandı ve aynı yıl içinde bir tasarı hazırladı.

Danışma Meclisi'nin tasarısı ile Bakanlar Komitesi'nin tasarısı arasında, hakların kapsamı bakımından en önemli fark, birinci tasarıda hakları sıralamakla yetinilirken, ikinci tasarıda hakların içerikleri belirtilerek tanımlanmasıydı. Hakların tanımlanarak Sözleşme'de yer almasında İngiliz Hükümeti'nin ısrarlı tutumu etkili olmuştur. İngilizler Sözleşme'de bir yaptırım öngörüleceğine göre, hakların olabildiği kadar açık bir biçimde tanımlanmasını istemişlerdir.

Yürürlüğe giren AIHS'e egemen olan görüş budur. Hakların içeriğinin belirtilerek tanımlanmasının, yorum yoluyla hakların kapsamının genişletilmesini güçleştiren bir yöntem olduğu kuşkusuzdur. Gerçekten de, AIHS'nin yürürlüğe girmesini izleyen ilk yıllarda Komisyon bu konuda çok çekingen davranmıştır. Ancak, bugün, Komisyon ve Mahkeme'nin 50 yıllık içtihadını dikkate aldığımızda, Strazburg organlarının yorum konusunda ilk yıllardaki çekingenliğinden iz kalmadığı, dinamik bir yorumla bir yandan Sözleşme ile günün ihtiyaçları arasında uyum sağlarken, öte yandan hakların kapsamını genişlettiği görülmektedir.

Bakanlar Komitesi tasarısında, Danışma Meclisi tasarısında yer alan üç hak eksikti. Bunlar, ebeveynlerin çocuklarına istedikleri eğitimi verme hakkı, mülkiyet hakkı ve serbest seçimler yapmak ve muhalefete müdahale etmeme yükümlülüğü. Bu haklar, sonradan 1 sayılı ek Protokol ile Sözleşme'ye eklenmiştir. Özellikle, İngiltere ve İsveç, mülkiyet hakkının Sözleşme'ye girmesinin, savaş sonrası dönemde izledikleri sosyal politikaları ve büyük endüstrileri devletleştirme siyasetlerini engellemesinden çekinmişlerdir. O nedenle, 1 sayılı Protokol'de, devletin özel mülkiyete müdahale hakkı kabul edilmekte, buna karşılık giderim ödeme yükümlülüğü maddede belirtilmemektedir. Bu yükümlülük içtihadla oluşmuştur.

Velilerin çocuklarına istedikleri eğitimi verme hakkı da birçok devlet açısından sorun yaratmıştır. Örneğin, Türkiye, 1 sayılı Protokol'ü onaylarken, "Tevhidi Tedrisat Kanunu" ile ilgili bir çekince koymuştur.

Uzmanların hazırladığı tasarı Bakanlar tarafından görüşülmüştür. Bakanların görüşmelerinde üzerinde en fazla tartışma olan konu, bireysel

başvuru hakkıdır. Sonunda bir uzlaşma olarak bireysel başvuru hakkının seçimlik olması, devletlerin ayrı bir bildirimle bunu kabul etmeleri benimsenmiştir. Kararları kesin yargı niteliğinde olan Mahkeme'nin yetkisi de aynı şekilde seçimlik olarak kabul edilmiştir. Hükümetlerin bu tutumu, Danışma Meclisi'nde ve AIHS'i ortak bir Avrupa kamu hukuku, aratma çabalarının ilk adımı olarak gören çevrelerde hayal kırıklığı doğurmuştur.

Türkiye bireysel başvuru hakkını 1987 yılında, Mahkeme'nin yargı yetkisini 1990 yılında kabul etmiştir. 1998 yılında yürürlüğe giren 11 sayılı Protokol ile Komisyon ve Mahkeme birleştirilerek tek bir Mahkeme'ye dönüşmüş, bireysel başvuru hakkının tanınması seçimlik olmaktan çıkarak zorunlu olmuştur.

Sözleşme'nin içerdiği hak ve özgürlükler şunlardır:

Yaşam hakkı, işkence insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yapılmaması, kölelik ve angarya yasağı, kişinin özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılama hakkı, suç ve cezaların kanuniliği, özel ve aile yaşamı, konut ve haberleşme hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve dernek kurma özgürlüğü.

Birinci Protokol ile şu haklar eklenmiştir: Mülkiyet hakkı, eğitim ve öğretim hakkı, serbest seçim hakkı.

Dördüncü Protokol ile şu haklar eklenmiştir: Akitlerden doğan özel hukuk yükümlülüklerinin yerine getirilememesinden dolayı kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanamaması, serbest dolaşım ve konut seçme hakkı, vatandaşların sınırdışı edilme yasağı ve vatandaşların mensup oldukları ülkelere girme hakkı, yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı.

Altı sayılı Protokol ile ölüm cezası yasaklanmıştır.

Yedi sayılı Protokol şu hak ve özgürlükleri içermektedir: Ülkede yasal olarak ikamet eden yabancıların yasal olmayan bir biçimde sınırdışı edilmesi yasağı, ceza davalarında bir üst mahkemeye başvurma hakkı, haksız hüküm giyen kişiye giderim ödenmesi hakkı, aynı suçtan yeniden yargılama yasağı (ne bis in idem), evlilikte eşler arasında hak eşitliği.

Türkiye, yalnızca Birinci Protokol'e taraftır. 4. ve 7 sayılı protokolleri imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, AIHS, belirli siyasal koşulların bir ürünüdür. II. Dünya Savaşı'nın doğurduğu koşullar mevcut olmasaydı, belki de böyle bir Sözleşme'ye gereksinim duyulmayacaktı. Ancak bu ortamda dahi, Hükümet'lerin egemenliklerinden vazgeçmekte çok ihtiyatlı davrandıkları görülmektedir. Hükümet'lerin bu tutumu nedeniyle, üzerinde tartışma olmayan hakların kapsayan, sınırlı, Hükümet'lerin kabul edebileceği bir Sözleşme yapılmıştır. Ancak 1950'li yıllarda Hükümet'lerin göremediği husus, Sözleşme bir kere yürürlüğe girdikten sonra, Sözleşme'nin ve Sözleşme ile yaratılan mekanizmanın Hükümet'lerden bağımsız bir yaşama sahip olacağıydı. Nitekim, 50 yıl içinde, yorum yoluyla Sözleşme'deki hakların kapsamı genişlemiş, protokollerle yeni haklar eklenmiş, bireysel başvuru hakkının tanınması zorunlu olmuş ve kararları üzerinde Hükümet'lerin söz sahibi olduğu Komisyon ortadan kalkarak, kararları kesin hüküm niteliğinde ve bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sistemin temel unsuru olmuştur.

## II. HAKLARIN SINIRLANMASI - GENEL

İnsanların barış ve güven içinde yaşamak amacıyla doğuştan sahip oldukları haklardan vazgeçmeleri ya da bu hakların sınırlandırılmasını kabul etmeleri düşüncesi yeni değildir. Bu düşüncüyü Hobbes ve Locke'da bulmak olanağı vardır. Locke hiçbir durumda hak ve özgürlüklerin mutlak bir nitelik taşıdığını kabul etmez. "Doğal durum" olarak tanımladığı dönemde dahi, bağımsız ve eşit olan bireyler birbirlerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ve mülkiyet hakkına zarar vermemekle yükümlüdürler. (2)

Hobbes ve Locke'un görüşleri temelde bugün içinde geçerlidir. Belirli bir hukuksal ve toplumsal düzen içinde yaşanabilmesi için bireylerin hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getirilmesi kaçınılmazdır. Her hak ve özgürlüğün içinde bir de sınırlama bulunmaktadır. Bu sınırlama başka bireylerin hak ve özgürlüklerinden ya da toplumun çıkarlarından kaynaklanıyor

(2) Locke, John. Two Treatises of Government, Cambridge University Press, Cambridge, 1960, book II, section 6



olabilir. Başka bir deyişle, her hak ve özgürlük, hak öznesine bir de ödev getirmektedir. Kendi hak ve özgürlüklerini başkasının hak ve özgürlüklerine ya da içinde yaşadığı toplumun çıkarlarına zarar verecek şekilde kullanmama ödevi.

Bu anlamda İnsan Hakları “öteki” etiğini kurumsallaştırmakta, “öteki” ile ilişkinin parametresini çizmektedir. İnsan Hakları “öteki”nin bağımsız varlığına saygı göstermek sorumluluğunu yükler. “Öteki”nin bir alter ego ya dönüşmesini ve dışlanmasını önler.

Levinas, şöyle der: “İnsan Haklarının işleyişine hakim olan unsur ötekine saygıdır. Bu, gerçeğin araştırılmasına dayanan en yüce adalettir.” “Birey özgürlüklerini uygularken, kendine dönüşmekten, kendini doğrulamaktan, kendi bencilliğinden kurtulur. Öteki insanın haklarını savunur. Benim hak ve özgürlüklerim, başkalarının hak ve özgürlüklerine karşı çıkmak yerine, sorumluluk ve insanların kardeşliği şeklinde dışa vurur.” (3)

Ancak, hak ve özgürlükleri salt ödev ve sorumlulukla tanımlamak da bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Ödev ve sorumlulukların dışında birey, kendi özgür iradesi ile seçim yapabileceği bir alana sahip olmalıdır. Hak ve özgürlükler, bireyin serbestçe hareket edebileceği, seçim yapabileceği bu alanı dış müdahaleye karşı koruyan bir bahçe duvarıdır. Bireylerin bütün davranışlarına salt sorumluluk ve ödev anlayışı hakim olursa, o zaman bireyin seçim yaparak serbestçe hareket edebileceği alan ortadan kalkar, birey yalnızca ödev ve sorumluluğun gerektirdiği yönde hareket etmekle yükümlü olur. Bu anlayış, totaliter eğilimler doğurur.

Kant, otonom bir birey olmakla ödev ve sorumlulukların gerektirdiği şekilde hareket etmek arasındaki çelişkiyi çözmüştür. İkisi arasında bir çelişki görmez. Kant'a göre insanın davranışlarına yön veren akıldır. İnsan aklı ile davrandığı içindir ki, otonom bir birey olarak seçim yaparken moral açıdan doğru olan seçer.

Değişik hak ve özgürlükler arasındaki çelişki de hakları sınırlayan bir başka unsurdur. İfade özgürlüğü ile özel yaşam hakkı arasındaki çelişki

---

(3) E. Levinas, *Outside the Subject*, Athlone Press, Londra 1993, s. 124-5

bu durumun belirgin bir örneğidir. Hangi durumlarda hangi hak ve özgürlüğe öncelik tanınacağı ince ayar gerektiren bir sorundur.

Bütün bu nedenlerle İnsan Hakları yargısı, bir dengeler oyunudur. Bir yandan bireylerin hakları arasında, öte yandan bireyin hakları ile toplumun çıkarları arasında sürekli bir uzlaşma sağlamak gerekmektedir. Örneğin, Klass / Federal Almanya davasına ilişkin kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (bundan sonra AİHM) şöyle demektedir: “Demokratik toplumun korunması ile bireyin hakları arasında bir uzlaşma sağlanması Sözleşme sisteminde mevcuttur... 8'nci madde bağlamında bu denge 1'nci paragrafta tanınan hakkın (özel yaşam, aile yaşamı ve özel haberleşme hakkı) birey tarafından kullanılması ile 2'nci paragraftaki demokratik toplumun korunması için gizli dinlemeye duyulan gereksinimdir.”

Ancak kurulan dengeler de sürekli ve durağan değildir. İnsan hakları belirli bir toplumsal ve hukuksal çerçeve içinde vardır. Toplumsal, siyasal, ekonomik nedenlerle bu çerçeve değiştiğinde insan haklarının sınırı da değişmektedir.

Bunun somut örneğini 1990 sonrası döneminde görüyoruz. 1990 sonrası döneminde ideolojilerin çökmesiyle, insan hakları yeni bir ideolojiye dönüşmüştür. Fukuyama'nın “Tarihin sonu” diye nitelediği dönemin ideolojisi insan haklarıdır. İnsan haklarının kazandığı bu önem, iki türlü değişikliğe yol açmıştır. Bir yandan yeni hakların eklenmesiyle insan haklarının kapsamı sürekli olarak genişlerken, öte yandan, haklara getirilen sınırlamalar daralmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından da sınırlamaları giderek dar yorumlayan bir eğilimi saptamak olanağı vardır.

### III. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ÖNGÖRÜLEN SINIRLAMALAR

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (bundan sonra AİHS)'ndeki hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar için şöyle bir ayırımı yapılabilir:

1. Yukarıda da değinildiği gibi, AİHS'de hakkın tanımlanması sonucu hakkın kendinden kaynaklanan sınırlamalar. Örneğin, 5'nci maddede bireyin serbestliğini ve güvenliğini güvence altına alırken bazı koşullar altında yakalanabileceğini ve tutuklanabileceğini kabul etmektedir. Ya

da 4'ncü madde köleliği ve angaryayı yasaklamakta, ancak doğal afetlerde bireylere hizmet yükümlülüğü konulabileceğini kabul etmektedir. 2'nci madde yaşam hakkının korunmasını öngörmekte, 2'nci madde yaşam hakkının korunmasını öngörmekte, ancak mahkeme kararıyla idam cezası verilmesine olanak tanımaktadır.

2. Bazı özel statüdeki kişileri belirli bir haktan yararlandırmamak yoluyla getirilen sınırlamalar. Örneğin, 11'nci maddede silahlı kuvvetler, polis ya da kamu hizmetinde görevli kişilerin toplanma ya da dernek kurma özgürlüklerinin sınırlanabileceği belirtilmiştir. 16'ncı maddede, ülkede yaşayan yabancıların siyasal faaliyetlerinin sınırlanabilmesine izin verilmiştir.
3. AİHS'nin 8 - 11'nci maddelerinin 2'nci paragraflarında, devletlerin, paragrafta sayılan meşru amaçlarla sözkonusu hakları sınırlandırabilmele-ri kabul edilmiştir.
4. AİHS'nin 15'nci maddesinde savaş gibi durumlarda, devletlerin AİHS'den doğan yükümlülüklerini askıya alabilecekleri belirtilmektedir.
5. AİHS'nin 17'nci maddesinde de hakkın kötüye kullanılması kavramına yer verilmekte ve bir hakkın AİHS'nin tanıdığı hakları ortadan kaldıracak şekilde kullanılmayacağı belirtilmektedir.
6. AİHS'nin 18'nci maddesi, Sözleşme'de yer alan sınırlamaların belirtilen amaçlar dışında uygulanamayacağını öngörmektedir.

#### **A. AİHS'nin 8 - 11 MADDELERİNDE ÖNGÖRÜLEN SINIRLAMALAR**

Sözleşme'nin 8-11 maddeleri, özel yaşama, aile yaşamına ve özel haberleşmeye saygı hakkını (8. madde), düşünce, vicdan ve din özgürlüğünü (9. madde), ifade özgürlüğünü (10. madde), toplantı yapma ve dernek kurma özgürlüğünü (11. maddede) kapsamaktadır.

Dört madde de, yapısal bakımdan benzemektedirler. Dört maddede de, birinci paragraflarda hak ve özgürlükler tanımlanmaktadır, ikinci paragraflarda ise, devletin bu hak ve özgürlüğü hangi durumlarda sınırlandırabileceği belirlenmektedir.

AIHS sisteminde, önemli olan birinci paragraftaki hak ve özgürlüğün kapsamı değildir. AIHM kararlarının temeli 2'nci paragraflardır. Başka bir deyişle, devletin bu hak ve özgürlüğe müdahalesinin Sözleşme'ye uygun olup olmadığıdır. Örneğin, her türlü ifadenin 10. Madde kapsamına girdiği kabul edilir. AIHM'nin inceleme konusu, devletin müdahalesinin Sözleşme açısından bir ihlal oluşturup oluşturmadığıdır.

Bu amaçla AIHM, 50 yıldır oluşturduğu içtihadla, bazı ölçütler belirlemiştir. Önüne gelen davalara bu ölçüteliir uygulayarak karar vermektedir. sözkonusu ölçüteliir şöyle özetleyebiliriz:

### 1. Sınırlamanın Bir Yasa ile Düzenlenmiş Olması:

8 - 11 maddelerin 2'nci paragrafları sınırlamanın devletin bir yasasında öngörölmüş olması koşulunu aramaktadır. Devlet müdahale yetkisini bu yasadan almalıdır. Burada önemli olan keyfiliğın önlenmesidir. Bu düşünce ile AIHM sınırlamanın yasa ile belirlenip belirlenmediğini saptarken, iki hususu gözönünde tutmaktadır: a) Yasanın yurttaşlarca ulaşılabilir, nüfuz edilebilir olması (accessibility), b) Yasanın yeterince açık olması, anlaşılabilir olması (precision, foreseeable). AIHM'nin Sunday Times / İngiltere (1979) ve Silver / İngiltere (1983) davalarında oluşturduğu bu ölçütler bugün iyice yerleşmiştir.

### 2. Sınırlamanın Meşru Bir Amaca Yönelmiş Olması:

Meşru amaçların ne olduğu, 8 - 11 maddelerin 2'nci paragraflarında sayılmıştır. Bunlar ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, ahlak, sağlık, başkalarının şöhret, hak ve özgürlüklerinin korunması, ülkenin ekonomik kalkınması, gizli haberlerin açıklanmasının önlenmesi, yargının tarafsızlığının korunması gibi hususlardır. Dikkat çekici olan, bazı meşru amaçların dört maddede de ortak olmasına karşın (başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, sağlık ve ahlakın korunması) bazı amaçlar sadece bazı maddelerin 2'nci paragraflarında görölmektedir. Örneğin, toprak bütünlüğü ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddede mevcuttur. Ülkenin ekonomik kalkınması, yalnız 8. maddede yer almaktadır. Ayrıca, 10. maddenin 2'nci paragrafında, ifade özgürlüğünün aynı zamanda ödev ve sorumluluklar getirdiği, bu nedenle yasada öngörölen formaliteler, koşullara, sınırlamalar ve yaptırımlara tabi olabileceği gibi, diğer üç maddede bulunmayan bir ifade kullanılmaktadır.

Bütün bunlardan devletlere, ifade özgürlüğü konusunda daha geniş bir müdahale hakkı tanındığı izlenimi doğmaktadır. Oysa, AİHM'nin içtihadı bu yönde gelişmemiştir. Tersine, ifade özgürlüğünün demokrasinin korunması açısından taşıdığı önemi gözünde tutan AİHM, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamaların “dar yorumlanması ve sınırlamaya duyulan ihtiyacın ikna edici bir biçimde ortaya konulması” (The Observer and Guardian / İngiltere, 1991) gerektiği görüşüne kararlarında yer vermiştir.

Bununla birlikte, 10. maddede, diğer maddelerden farklı üç sınırlama nedeni bulunması (toprak bütünlüğü, gizli bilgilerin açıklanmaması, yargının tarafsızlığının korunması) göz ardı edilemez.

Hükümetin getirdiği sınırlamanın amacının doğru teşhis edilmesi müdahalenin haklı olup olmadığına karar verebilmek açısından önem taşımaktadır. Örneğin, kamu düzenini korumak amacıyla yapılan haklı bir müdahale, ahlaki korumak amacı için haklı olmayabilir.

2'nci paragraflarda sayılan amaçlar çok geniş olduğundan, genellikle Hükümet'lerin ileri sürdükleri müdahale amaçlarını AİHM kabul etmekte ve bu konuda fazla titizlik göstermemektedir.

### 3. Demokratik Bir Toplum İçin Gerekli Olması:

Devletin bir hak ve özgürlüğü sınırlamasının AİHS'nin ihlalini oluşturmaması için, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olması gerekmektedir. “Demokratik bir toplum için gerekli” kavramına AİHM Olsson / İsveç davasıyla (1998) açıklık getirmiştir. AİHM'ye göre “gereklik (necessity) kavramı müdahalenin zorunlu bir toplumsal gereksinmeye (pressing social need) yanıt vermesi ve edilemek istenen meşru amaç ile orantılı olmasıdır (proportionate to the legitimate aim).

Ancak, devletin aldığı önlemin Sözleşme'ye uygunluğu için gerekli olan ön koşul, işleyen bir demokrasinin varlığıdır. AİHS belirli bir siyasal görüşe dayanır. Buna göre, demokrasi, bireyin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini sağlayacak en iyi yönetim sistemidir. AİHS, demokratik bir toplumdaki insan haklarını korumak için meydana getirilmiştir. O nedenle, AİHM bir dava ile ilgili karar verirken ya da Sözleşme'yi yorumlarken bu temel varsayımdan hareket eder. Danimarka'ya karşı açılan Seks Eği-

timi Davası'nda (1976), AİHM bu genel ilkeyi belirtir. AİHM'ye göre, Sözleşme'nin yorumu, "demokratik bir toplumun değer ve ideallerini korumak ve geliştirmek amacıyla yapılan Sözleşme'nin ruhuna" uygun olmalıdır.

AİHM, kararlarında demokratik toplumun özelliklerine değinir. Demokratik toplumun özelliklerine uymayan önlemler, ihlal oluşturabilir. Örneğin, Dudgeon / İngiltere (1981) davasında AİHM "hoşgörü ve açık fikirliliği" demokratik toplumun iki temel göstergesi olduğu söyler.

Klass / Federal Almanya kararında (1978) AİHM, demokrasi örtüsü altında demokrasiyi tahrip etmenin tehlikelerine değinir ve devlet yetkililerinin yetkilerinin kötüye kullanmalarını önleyecek normal yasal yolların ortadan kalktığı durumlarda, devletin aldığı önlemlerin Sözleşme'ye uygunluğunu büyük bir titizlikle incelenmesi gerektiğini belirtir.

AİHM, devlet müdahalesinin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığını incelerken bazı öğelerin gözünde bulundurur:

#### a) Takdir Yetkisi Öğretisi

AİHM, devletin aldığı ve Sözleşme'deki bir hakka sınırlama getiren önlemin Sözleşme'ye uygunluğunu ve bu bağlamda 'meşru amaç ile orantılı' olup olmadığını incelerken, ilgili devlete bir takdir yetkisi tanır. Takdir yetkisi, AİHM'nin devletlere bıraktığı bir hareket alanıdır. Takdir yetkisi öğretisi, devletin Sözleşme'nin uygulanmasından birinci sorumlu olması, AİHM'nin tamamlayıcı bir role sahip bulunmasına dayanan işbölümünün mantıksal bir sonucudur.

Sözleşme'de takdir yetkisi kavramına yer verilmemiştir. AİHM'nin bu kavramı benimserken Fransız Danıştay'ının kararlarından esinlendiğini düşünmek olanağı vardır. (4)

Takdir yetkisi öğretisi, AİHS ile uğraşan hukukçular arasında derin görüş ayrılıkları doğurmuş, uzun tartışmalara yol açmıştır. Bazılarına göre, tak-

(4) Yourow, Howard Charles, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda, 1996, s. 12

dir yetkisi öğretisi ile AIHM çetin davalarda yetkilerini ulusal makamlara devletmektedir. Böylelikle kapıyı kültürel relativizm'e açmaktadır. Sözleşme'nin koşullarını sulandırmaktadır.

Buna karşılık birçok hukukçu takdir yetkisi öğretisini Sözleşme'nin yorumu için yararlı bir araç olarak değerlendirmektedirler. Franz Matscher'e göre, "bizim gereksinmemiz yeknesak bir Avrupa değildir. Tersine, amacımız kıtamızın (kültürel) zenginliğinin ve sonsuz çeşitliliğinin korunması... olmalıdır. Takdir yetkisinin altında yatan ideoloji budur." (5)

MacDonald, AIHM'nin görevini, taraf devletlerin siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel farklılığı ile Sözleşme'deki haklara standard ve yeksenak bir koruma getiren bir sistemin kurulması gibi iki farklı unsurun bağdaştırılması olarak görmektedir. (6)

Takdir yetkisi öğretisinin kaynağı nedir? AIHM'nin kendi iradesiyle uyguladığı kendi kendini sınırlama mıdır, yoksa Sözleşme'de dayanağı var mıdır?

Paul Mahoney'e göre, takdir yetkisi öğretisi, ulusal makamlar ile AIHM arasındaki işbölümünün bir sonucudur. Dolayısıyla, kaynağını Sözleşme'den alır. Sözleşme'nin 1. Maddesinde belirtildiği gibi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri sağlamaktan önce taraf devletler sorumludur. AIHM bu hak ve özgürlükler açısından son karar makamıdır. Takdir yetkisi öğretisi bu iki sorumluluk alanını ayıran bir çizgidir. (7)

Ancak, takdir yetkisi öğretisinin uygulanıp uygulanmayacağına ya da ne ölçüde uygulanacağına karar veren AIHM'nin kendisidir.

Gene Mahoney'e göre, takdir yetkisi demokratik bir yetkidir. Ancak normal işleyen bir demokraside devletin takdir yetkisi sözkonusu olabilir. Hükümetin yetkilerini kasıtlı olarak kötüye kullanarak insan haklarını ihlal etmesi durumunda takdir yetkisi öğretisi uygulanamaz.

---

(5) Steiner ve Alston, International Human Rights in Context, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 632

(6) Ibid.

(7) Mahoney, Paul, "Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism?", Human Rights Journal, Vol 19 No 1, April 1998, s. 8

AIHM takdir yetkisi öğretisini önce, Sözleşme'nin 15. maddesi gereğince, devletin varlığını tehdit eden durumlarda Sözleşme'den doğan bazı yükümlülüklerini askıya alma hakkına ilişkin olarak kullanmıştır. Takdir yetkisine ilk yer veren karar Lawless / İrlanda davasıdır (1961). Dava, bir IRA üyesi olan Lawless'in 5 ay yargılanmadan gözaltında tutulması konusundadır. Lawless Sözleşme'nin 5 ve 7'nci maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiş, İrlanda ise 15. maddedeki olağanüstü durumların varlığını ileri sürmüştür. AIHM, bu konuda İrlanda Hükümeti'nin takdir yetkisine sahip olduğunu ileri sürerek, ihlal bulunmadığına karar vermiştir. İrlanda / İngiltere devlet davasında ise (1978) AIHM ilk kere takdir yetkisi öğretisinin içeriğini açıklamıştır. Klass / Federal Almanya (1978) davasında takdir yetkisi öğretisini 15. madde dışında da, ulusal güvenlik sözkonusu olduğu zaman başvurulabileceği kabul edilmiştir. Klass davasında, Hükümet'in güvenlik gerekçesiyle özel telefon konuşmalarını dinlemesi sözkonusuydu. AIHM, bunun bazı garantiler bulunması koşulu ile ihlal oluşturmayacağına karar vermiştir.

AIHM'nin, takdir yetkisini ve bununla birlikte kendi denetim yetkisini açıklığa kavuşturan kararı Handyside / İngiltere davasıdır (1976). Bu kararda AIHM şöyle der:

"Kendi ülkelerindeki güçlerle direkt ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, devlet makamları bir sınırlamanın ya da yaptırımın 'gerekliliği' hakkında uluslararası bir yargıca görelilik olarak, daha iyi bir görüş belirtecek durumdadırlar... (O nedenle) 'gereklilik' kavramının içinde bulunan 'zorunlu toplumsal gereksinme'nin ne denli gerçek olduğu hakkında ilk değerlendirme ulusal makamlarca yapılmalıdır.

Böylelikle, 10. maddenin 2'nci paragrafı taraf devletlere bir takdir yetkisi vermektedir. Bu yetki hem yasa koyucuya, hem de yargı organlarına verilmiştir.

Bununla birlikte, 10. maddenin 2'nci paragrafı taraf devletlere sınırsız birtakdir yetkisi vermez. Bir sınırlama ya da yaptırımın ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığına ilişkin son kararı verecek olan Mahkeme'dir (AIHM). Böylece, ulusal makamların takdir yetkisi bir Avrupa denetimi ile birlikte yürür. Bu denetim hem itiraz edilen önlemin amacını, hem de bu



önlemin gerekliliğini kapsar. Yalnız (önlemin dayandığı) yasaya değil, aynı zamanda, bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa bile, uygulanmaya ilişkin kararı kapsar.”

Handyside davası, bir ifade özgürlüğü (10. madde) davasıdır. Çocuklar için yazılan bir kitap müstehcen olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. AİHM, Hükümet'in 10. maddenin 2'nci paragrafındaki 'ahlakın korunması gerekçesini haklı görmüş ve ihlal olmadığı sonucuna varmıştır.

Ancak kararın ilginç yanı, AİHM'nin kararını 'Avrupa consensus'u kavramından hareketle takdir yetkisi öğretisine dayandırmasıdır. AİHM'e göre, ahlakın korunmasına duyulan ihtiyaç ülkeden ülkeye değişiklik gösterdiği ve bu konuda bir "Avrupa consensus'u bulunmadığı için, devletler geniş bir takdir yetkisine sahiptir. AİHM'nin görevi, İngiliz mahkemelerinin 'makul (reasonable), iyi niyetli davranmalarını ve 10/2 maddenin devletlere bıraktığı takdir yetkisi sınırları içinde kalmalarını sağlamaktır.

Bu karar, AİHM'nin takdir yetkisini belirli bir standarda oturtarak sınırlama eğilimi içinde olduğunu göstermektedir. O aşamada AİHM'nin bulunduğu standart 'Avrupa consensus'udur. Bu kararda, AİHM geniş bir pluralizm'i kabul ederek bir ortak Avrupa ahlak anlayışı bulmaya çalışmamış ve bunu devletlerin takdir yetkisine terketmiştir. AİHM'nin kararından çıkan sonuç, bir Avrupa consensus'undan söz edilebiliyorsa, devletlerin takdir yetkisinin sınırlı olduğudur. Ancak AİHM, hiçbir kararında Avrupa consensus'unun unsurlarını açıklamamıştır.

1979'a kadar olan dönemde, AİHM'nin ve İnsan Hakları Komisyonu'nun devletlere ulusal güvenlik sorunları sözkonusu olduğunda geniş bir takdir yetkisi tanıma eğilimi taşıdığını görüyoruz. AİHM ve Komisyon'nun bu tutumunu, sistemin görelî olarak yeniliği ve henüz yerleşmemiş olması yanında AİHM'deki yargıçların ve Komisyon üyelerinin önemli hukukçular olmalarına karşın genellikle eski kuşaktan gelmeleri ve kendilerinden sonraki kuşak üyesi yargıçlara kıyasla daha tutucu bir yaklaşım benimsemeleriyle açıklamak olanağı vardır.

1979'dan sonraki dönemde ise, AİHM'nin, devletlerin takdir yetkisi konusunda, daha sınırlayıcı ve kendi denetim yetkisini genişletici bir tutum benimsediğini görüyoruz. Nitekim, Dudgeon / İngiltere (1981) kararı ile

Handyside kararı karşılaştırıldığında bu değişiklik daha iyi ortaya çıkmaktadır.

Dudgeon davasında, davacı Kuzey İrlanda'da yaşayan bir eşcinseldir. Kuzey İrlanda'da, eşcinselliği suç sayan bir yasa dava konusu olayın geçtiği tarihte (1981) hala geçerliydi. Dudgeon bu yasa gereğince polis tarafından sorguya çekilir, fakat tutuklanmaz. Strazburg organlarına başvurur. Şikayeti, yürürlükte olan yasanın ve tutuklanma tehdidinin özel yaşam hakkının ihlalini oluşturmasıydı (8. madde).

Handyside kararından sonar Dudgeon davasında da, AİHM'nin genel ah-aka ilişkin davalarda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanınmasını beklemek doğru olurdu. Oysa Dudgeon kararında, AİHM farklı bir tutum içine girmiştir ve devlete dar bir takdir yetkisi tanıyarak Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken, AİHM takdir yetkisi için yeni bir ölçüt kullanmıştır. O da dava konusu olan "etkinliklerin niteliği"dir (nature of the activities involved).

Kararda AİHM şöyle demektir: "Takdir yetkisinin kapsamını yalnızca sınırlama amacının niteliği değil, aynı zamanda etkinliklerin de niteliği etkiler. bu dava özel yaşamın en mahrem yönünü ilgilendirmektedir. O nedenle, kamu makamlarının müdahalesinin 8/2 maddesinin amaçları bakımından yasal olabilmesi için son derece ciddi nedenlerin bulunması gerekir."

'Etkinliklerin niteliği' ölçütünün benimsenmesi, davanın dayandığı olayların incelenmesinin daha fazla önem kazanmasına yol açmıştır. Olaylar her davada değiştiğinden önceden genel bir ilkenin saptanması güçleşmektedir.

Ancak, AİHM Dudgeon kararında 'etkinliklerin niteliği' ölçütüne yer verirken, Handyside'daki 'Avrupa consensus'u ölçütünü bir kenara itmemiştir. AİHM'e göre, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda eşcinsellik bir ceza hukuku sorunu olmaktan çıkmıştır. AİHM, üye devletlerin iç hukuklarındaki bu değişikliği görmemezlikten gelemez.

Sunday Times / İngiltere davası (1979), AİHM'nin ifade özgürlüğü konusundaki içtihadını oluşturma bakımından özel bir önem taşır. Bu bağlam-

da, ifade özgürlüğü davalarında takdir yetkisi öğretisine verilen yer bakımından da bu kararın önemi vardır.

1950-60 yıllarında hamile kadınlara verilen thalidomide adlı bir ilaç İngiltere'de yüzlerce çocuğun sakat doğmasına yol açmıştı. Bunun üzerine imalatçı şirket aleyhine tazminat davası açılmıştı. Ancak davalar yürürken Sunday Times gazetesi bu konuda bir seri makale yayınlamaya başlayacağını ilan etti. Şirket, savcılığa başvurarak makalelerin görülmekte olan tazminat davaları bakımından ön yargıya yol açacağını ileri sürerek yayının durdurulmasını istedi. Savcılık mahkeme kararıyla gazetenin yayını durdurdu. Bu karar, türlü hukuki aşamalardan geçerek kesinleşti. Sunday Times AİHM'e başvurdu. AİHM, 10. maddenin ihlal edildiğine karar verdi.

Kararda AİHM, devletlerin belirli (certain) bir takdir yetkisi bulunduğunu ancak, bunun AİHM'nin denetimiyle birlikte ele alınması gerektiği yolundaki görüşünü tekrarlamaktadır. Bunun yanında AİHM, İngiltere Hükümeti'nin ileri sürdüğü, 10/2 maddedeki müdahalenin yargının tarafsızlığını ve otoritesini sağlamak için yapıldığı gerekçesini inceleyerek, bu kavramın içeriği hakkında bir Avrupa consensus'u bulunduğu, dolayısıyla devletlerin takdir yetkisinin daha sınırlı olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca AİHM, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda devletlerin takdir yetkisinin daha sınırlı olduğunu belirtmektedir. AİHM, Handyside kararında kullandığı "makul (reasonable) ve iyi niyetli davranmak" ölçütüne değinerek, denetimin bu kavramla sınırlanamayacağı, bir devlet makul ve iyi niyetli davranırsa da, bu davranışının Sözleşme gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşıp bağdaşmadığının AİHM tarafından inceleneceğini belirtmektedir.

AİHM'nin günümüzdeki takdir yetkisi öğretisi uygulamalarını değerlendirebilmek amacıyla Türkiye ile ilgili iki davaya değinmek yararlı olabilir.

Sosyalist Parti / Türkiye davasında (1998), AİHM, 11. maddenin 2'nci paragrafı bağlamında "devletlerin sadece sınırlı birtakdir yetkisine sahip oldukları, bunun da sıkı bir Avrupa denetimi ile elele yürüdüğünü, denetimin hem yasaları, hem de bağımsız mahkemeler tarafından alınsalar bile

yasaları uygulayan kararları kapsadığını” belirtmekte ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

Buna karşılık Sürek I davasında (1999, ifade özgürlüğü 10. madde), AIHM bir yazıda şiddete teşvik unsuru varsa, devlet makamlarının daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu gerekçesiyle olayda devletin müdahalesinin orantılı olduğuna ve Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir (Sürek sahibi olduğu bir dergide yayınlanan iki makale nedeniyle Basın Yasası 8. Madde gereğince para cezasına mahkum olmuştur).

Yukarıda açıklamalardan şu sonuçları çıkarabiliriz:

Takdir yetkisi öğretisi AIHM'nin elindeki etkili, esnek bir araçtır. Bu aracın yöneldiği amaç, Sözleşme ile devletin yasaları ve uygulamaları arasında bir uyum sağlamaktır. Başka bir deyişle, takdir yetkisi, AIHM ile devlet dışlilerinin uyum içinde işlemlerini sağlayan bir makine yağıdır.

Ancak sorun uyum için AIHM'nin kabul ettiği eşğin ne olduğudur. AIHM'nin bu konuya ilişkin kararları incelendiğinde, eşğin değişken olduğu görülmektedir. Eşik, olayın özelliklerine, bir Avrupa consensus'u bulunup bulunmamasına, hatta zamana göre değişmektedir.

Takdir yetkisinin salt olayın özelliklerini inceleyerek saptanması, sonuçun hukuki olmaktan siyasal düşüncelere dayanacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. (8)

Buna karşılık AIHM'nin takdir yetkisiyle ilgili değerlendirmesini belirli bir zaman dilimi ile sınırlaması, Sözleşme'nin değişikliklere ayak uydurması kapısını açık bırakması bakımından olumlu görülebilir. Örneğin *Rees / İngiltere* (1986), AIHM, “transseksüellerin istemlerinin ne ölçüde karşılanabileceğinin kararlaştırılması şimdilik (for the time being) ilgili devlete bırakılabilir” demekte ve bilimsel ve toplumsal gelişmeler ışığında sorunun yeniden incelenebileceğine işaret etmektedir.

(8) *The European Convention for the Protection of Human Rights*, der. Mireille Delmas-Marty, Kluwert Academic Publishers, Dordrecht, 1992, s. 339

Öte yandan, AİHM takdir yetkisini bazan bir yorum aracı olarak, bazan da karşılıklı iddialar ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanmaktadır.

### b) Orantılılık

AİHM'nin devletin Sözleşme'deki bir hak ve özgürlüğe müdahalesinin demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığına karar verirken dikkate aldığı bir diğer ölçüt müdahalenin elde edilmek istenen amaçla orantılı olup olmadığıdır.

Aynı amacı elde etmek için hak ve özgürlüğü daha az sınırlayıcı başka bir alternatifin bulunması ya da sözkonusu müdahalenin amacını elde etmesinin olanaksız olması gibi durumlarda AİHM Sözleşme'nin ihlal edildiğine karar vermektedir.

Örneğin, Campbell / İngiltere (1993) davasında AİHM, İngiliz makamlarının, cezaevindeki bir mahkum ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu arasındaki yazışmayı açıp okuyarak denetlemelerinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu davada, AİHM, cezaevindeki mahkumların yazışmalarının ilgili makamlarca denetlenmesini ilke olarak reddetmemiştir. Ancak, bu denetimin makul bir kuşku bulunduğu durumlarla sınırlı olması, mektupların mahkumun önünde açılması gibi denetimin kötüye kullanılmasını önleyecek garantilerin bulunması gibi bazı koşulları aramıştır. AİHM, bu koşullar olmadan, her türlü yazışmanın denetimine tabi olmasının elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.

Orantılılık ölçütünün özellikle ifade özgürlüğü (10. madde) davalarında AİHM tarafından sık sık kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, Gerger / Türkiye davasında (1999), Gerger'in, Deniz Gezmiş ve arkadaşları için düzenlenen bir anma törenine gönderdiği mesaj nedeniyle hapis ve para cezasına mahkum olmasını, elde edilmek istenen amaçla orantılı olmadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. AİHM, bu kararı verirken Gerger'in mesajının, törene katılan az sayıda insandan oluşan bir topluluğa okunduğunu, dolayısıyla "ulusal güvenlik", "kamu düzeni", "toprak bütünlüğü" üzerindeki etkilerinin sınırlı kaldığını, şiddete, silahlı karşı koymaya ya da isyana teşvik eder nitelikte

olmadığını gözönünde bulundurmuştur. AİHM ayrıca, verilen cezanın (Terörle Mücadele Yasası'nın 8. Maddesi gereğince, 1 yıl 8 ay hapis ve 208 milyon TL para cezası) çok ağır olduğunu dikkate almıştır.

## B. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI

AİHS'nin 17. maddesi, Sözleşme'de yer alan maddelerin, devlet, topluluk ya da birey tarafından Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak amacıyla kullanılmayacağını öngörmektedir.

Bu maddenin özelliklerini şöyle sıralamak olanağı vardır:

17'nci madde ancak Sözleşme'deki hak ve özgürlükler için uygulanabilir. Bu iki yönden böyledir. Hem kötüye kullanılan hak ve özgürlüğün, hem de ihlal edilen hak ve özgürlüğün Sözleşme'de yer alan bir hak ve özgürlük olması gerekir.

17'nci madde, bireylerin ya da grupların başka birelere karşı haklarını kötüye kullanmalarını yasakladığı gibi devletin de, bireylerin hak ve özgürlüklerine sınırlamalar getirirken bu hak ve özgürlüklerin özünü ortadan kaldırmayacak biçimde davranmasını istemektedir.

17'nci madde, devlet tarafından müdahalesini haklı göstermek amacıyla bireye karşı ya da birey tarafından devlete karşı ileri sürülebilir. Ancak devlet tarafından ileri sürüldüğü takdirde, AİHM, hakkın kötüye kullanıldığının açıkça saptanması koşulunu aramaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Glaserapp kararında (1984) bu titizliği, 17. maddenin hukuken üstünlüğü ve demokratik sistemin korunması amacıyla Sözleşme'ye konulduğu, ancak gene hukukun üstünlüğü ve demokratik sistemin korunmasına verilen önem nedeniyle, Sözleşme'de öngörülen haklara yapılan müdahalelerin haklı olabilmesi için açık bir ihtiyacın söz konusu olması gerektiğini belirtmiştir. Glaserapp davasında (1984) AİHM, 17. maddenin incelenmesine girmemiştir.

17'nci madde demokratik olmayan akımlara karşı bir güvence niteliğindedir. 17'nci madde yoluyla örneğin, demokrasiye karşı olan bir siyasal partinin seçimlere girmesi önlenemez. Devletin bu yönde bir müdahalesi 17. Madde bağlamında bir ihlal oluşturmayacaktır.

Strazburg organlarının 17'nci madde ile ilgili en önemli kararı, Alman Komünist Partisi'nin, kapatılmasına ilişkindir (1957). Alman Komünist Partisi kapatılmasından ve yasaklanmasından sonra Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Başvuruda Komünist Partisi, Sözleşme'nin 17. maddesini ileri sürmemiştir. Buna rağmen, Komisyon başvuruyu ex officio 17. madde açısından incelemiş ve kabul edilmez bulmuştur. Komisyon kararındaki diğer bir olağandışı unsur, Komisyon'un 17. maddeyi esasla birleştirmeyerek davayı kabul edilmezlik aşamasında sona erdirmesidir. Oysa bu tür davalarda yerleşmiş uygulama, Komisyon'un 17'nci madde gibi bir ön sorunu esasla birleştirerek nihai kararı AIHM'e ya da Bakanlar Komitesi'ne bırakmasıdır.

Komisyon kabul edilmezlik kararını şu görüşe dayandırmıştır: Alman Komünist Partisi'nin kuruluş amacı, bir işçi ihtilali ve işçi sınıfı diktatörlüğü yoluyla Almanya'da demokrasiye son vermek ve komünist bir rejim kurmaktır. Bu nedenle 17'nci madde kapsamına girmektedir. Ayrıca, başvuru Sözleşme'nin başka hiç bir maddesi kapsamına sokulamaz. Bu nedenle başvuru kabul edilmez niteliktedir. Kararda, dikkati çeken bir noktada da, Alman Komünist Partisi'nin, faaliyetlerini nedeniyle değil, programında yer alan görüşler nedeniyle kapatılmış olmasıdır.

17'nci madde Sözleşme'nin diğer maddelerini tamamlayıcı niteliktedir. Tek başına uygulanamaz. Uygulama alanı şu nedenlerle dardır: Devletin müdahalesinin haklı olduğu, Sözleşme'yi ihlal etmediği sonucuna varılırsa, 17'nci madde de ihlal edilmemiş olacaktır. 17'nci maddeyi incelemek gerekmez. Buna karşılık, devletin müdahalesi Sözleşme'nin belirli bir maddesini ihlal ediyorsa, AIHM genellikle ilgili maddenin ihlaline karar vermiş olduğundan, 17'nci maddenin ayrıca incelenmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Ancak, 17'nci madde ile ilgili olarak ele alınan maddede ihlal bulunmasa bile, 17'nci maddenin ilgili madde ile birlikte ihlal edildiği sonucuna varılabilir.

Ayrıca devletlere tanınan takdir yetkisi de 17'nci maddenin devlete karşı ileri sürülmesini güçleştirmektedir. (9)

---

(9) Van Dijk ve Van Horf, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer Law International, Lahey, 1998, s. 754

17'nci madde Sporrong ve Lönnroth / İsveç (1982) ile Lithgow / İngiltere (1984) davaları bağlamında incelenmiştir. Her iki davada da mülkiyet hakkına müdahale (1 sayılı Protokol'ün 1. maddesi) sözkonusudur. İnsan Hakları Komisyonu, iki davada da 1'nci Protokol'ün 1'nci maddesinin ihlal edilmediğine karar verdikten sonra 17'nci madde şikayetini, yani hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını incelemiş ve 17'nci maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

### C. AMAÇ SAPTIRMA (10)

Sözleşme'nin 18. maddesi gereğince, Sözleşme'de yer alan sınırlamalar öngörülen amaçların dışına çıkamazlar. Başka bir deyişle, devletin getirdiği sınırlamaların iyi niyetli ve amacına uygun olması gerekmektedir. Bundan da anlaşılacağı gibi, 18. madde sadece devlete karşı ileri sürülebilir.

18. madde de, 17. madde gibi tek başına uygulanamaz. Ancak Sözleşme'deki başka bir madde ile birlikte uygulanabilir. Bununla birlikte, bu başka madde ihlal edilmemiş olsa bile, 18. maddenin ilgili madde ile bağlantılı olarak ihlal edilmesi olanağı vardır. Ancak genelde AIHM, ilgili maddenin ihlal edilmemiş olduğuna karar verdiğinde 18. maddeyi ayrıca incelemeye gerek görmemektedir. Aynı şekilde, AIHM ilgili maddenin ihlal edildiğine karar verirse, 18. maddeyi ayrıca incelememektedir.

### IV. SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların sınırlaması konusu AIHM ile taraf devletler arasındaki ilişkilerin odak noktasıdır. AIHM ile devletler arasında çelişkili bir ilişkiler yumağı vardır. Sözleşme'nin yapısı devletler ile AIHM arasındaki işbölümüne dayanır. Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak öncelikle devletlerin sorumluluğudur. Bu sorumluluğun yerine getirilmesinde aksaklık varsa AIHM devreye girer.

AIHM ile devletler arasındaki ilişkilerin belirgin bir başka özelliği ise gerginliktir. AIHM'de yargılanan her zaman devlettir. Devlet hem insan haklarının koruyucusu ve uygulayıcısı, hem de sanıktır. Devlet insan hakları

(10) Gölcüklü ve Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996, s. 364



açısından bir Janus'tur. Hangi noktada devletin bir yüzünün bitip, öbür yüzünün başladığı konusunda ise AİHM ile devletler arasında her zaman bir görüş birliği yoktur. Hükümetler ile AİHM'nin farklı kamuoylarına sahip olmaları da bu konuda anlaşmalarını güçleştirmektedir. Hükümetler kendi kamuoylarından gelen baskıların etkisi altındadırlar. Buna karşılık AİHM ise, uluslararası alandan ve özellikle Batı Avrupa'daki insan hakları çevrelerinden gelen tepkilere karşı çok duyarlıdır.

Gerginliğin temelinde, devletlerin AİHM'i kurmakla hangi yetkilerinden vazgeçtikleri sorunu yatmaktadır. Sözleşme ile devletler, bir bölüm egemenliklerinden vazgeçerek karşılıklı yükümlülükler doğuran bir sistem mi kurmuşlardır, yoksa nesnel yükümlülükler doğrudan bir normlar belgesi, bir türlü bir Haklar Yasası (bill of rights) mı yaratmışlardır? Bu soruya verilecek yanıt Sözleşme'nin ne türlü yorumlanacağını ve hangi yönde geliştireceğini de kararlaştıracaktır.

Golder davasında (1975) İnsan Hakları Komisyonu bu soruya yanıt vermektedir: "...Sözleşme'nin ana görevi bireyin haklarını korumaktır. Devletler arasında, egemenliklerini gözönünde bulundurarak dar bir yoruma tabi olacak karşılıklı yükümlülükler yaratmak değildir. Tersine, Sözleşme'nin rolü ve yorumlanmasının yöneldiği amaç bireyin korunmasını etkili kılmaktır".

Aynı kararda, İngiliz yargıç Sir Gerald Fitzmaurice'in ters görüşü savunan muhalefet görüşü yer almaktadır. (11)

Günümüzde, Komisyon'un Golder davasındaki görüşünün genel bir kabul gördüğünü söylemek olanağı vardır. Ancak AİHM ile devletler arasındaki gerginlikler sona ermemiştir. Bu gerginliklerin dışı vurumu türlü yollardan gerçekleşmektedir. Birçok devletin Sözleşme'yi imzalarırken ya da onaylarken koyduğu çekinceler yanında, Sözleşme'nin uygulanmasında da ulusal makamların, değişik ölçülerde de olsa, belirli bir isteksizlik sergiledikleri görülmektedir. Bu isteksizlik, kimi zaman Sözleşme maddelerinin ve AİHM kararlarının ulusal makamlarca dikkate alınmaması, kimi zaman ulusal yasalara öncelik verilmesi, kimi zaman da kararların uygulan-

(11) Delmas-Marty, op. cit., s. 287.

masındaki gecikmeler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysa, bir insan haklarını koruma mekanizması yaratmanın altında yatan temel düşüncenin ortak standartlar üzerinde bir anlaşma sağlamak olduğu kuşkusuzdur.

Ancak, soğuk savaşın sona ermesi ve insan haklarının Avrupa değer sisteminde ön plana çıkmasıyla, devletlerin ve buna bağlı olarak AİHM'nin tutumlarında önemli değişiklikler olmuştur. Bir kere, ayrı kamuoyları tek bir Avrupa kamuoyuna dönüşmüştür. Devletler, bu kamuoyunda, ciddi insan hakları ihlallerine yol açan devlet olarak teşhir edilmekten çekinmeye başlamışlardır. AİHM'nin rolü Avrupa kamuoyunda ve devletler tarafından genel bir kabul görmüştür. Giderek artan bir biçimde, ulusal makamlar, yargı organları AİHM kararlarını kendiliklerinden dikkate almaktadırlar. 20'yi aşkın devlet, yasalarında yaptıkları değişikliklerle AİHM kararlarının, ceza davaları bakımından muhakemenin iadesi sebebi olarak kabul etmiş bulunmaktadır.

AİHM de, bu ortamda, otoritesini sağlamlaştırmış, yetkilerini yorum yoluyla arttırmıştır. 1998 yılında, her iki organın birleşerek tek bir mahkemeye dönüşmesi ve yargıçların sürekli Strazburg'da oturarak görev yapmalarını öngören değişikliklerle AİHM'nin etkinliği artmıştır. Yapılan değişikliklerden biri de, Hükümetlerin eski Komisyon raporlarına ilişkin yargısal rolünün ortadan kaldırılmasıdır.

Günümüzde AİHM iki sorunla karşı karşıya bulunmaktadır. Bunlardan biri, giderek artan dava sayısı karşısında AİHM'nin yenilenmiş mevcut yapısının yetersiz kalmasıdır. Bu gelişme, AİHM'i yeni reform arayışlarına yöneltmektedir.

İkincisi, Avrupa Birliği tarafından hazırlanan İnsan Hakları Şartı'nın getirdiği belirsizliklerdir. Söz konusu şart bugün için bağlayıcı olmayan bir bildiri niteliğindedir. Ancak, çok da uzak olmayan bir gelecekte bu bildiri- nin AB'nin Sözleşmesi kapsamına alınarak bağlayıcı bir nitelik kazanması ve Lüksemburg'daki Avrupa Mahkemesi'nin uygulamakla sorumlu organ olması olasılığı vardır. Bu durumda Avrupa'da iki insan hakları mahkemesi ve iki ayrı hukuk alanı doğacaktır. Bu yönde bir gelişmenin mevcut sistem üzerinde önemli sonuçlar yaratacağı kuşkusuzdur. Bu arada, Avrupa Birliği'nin hazırladığı İnsan Hakları Şartı'nda haklara getirilen sınırlamaların mevcut olmadığını da belirtmek gerekir.

Teşekkür ederim efendim.

Sayın Soyarslan, size sonuncu olarak söz veriyorum; buyurun efendim.

## Doğan Soyarslan

---

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru niteliğinde, herkese yarayacak: Sayın Sağlam'ı dinledikten sonra, Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, "acaba Avrupa bize çifte standart mı uyguluyor" diye bir soru aklıma geldi. Ben, Fransız meslektaşına soru yöneltmek istiyorum; çünkü Fransa'nın yapısıyla Türkiye birbirine benziyor, ayrıca anayasa açısından da Türkiye Fransa'dan hep etkilenmiştir. Mesela Fransa'da Korsika'nın ayrılığını iddia eden ayrılıkçı bir parti kurulabilir mi? Fransız müesseseleri, Fransız Anayasası buna izin verir mi? İkincisi, Fransa'nın bir Alsace-Lorraine sorunu var, Brotonya sorunu var, Korsika sorunu var. Yerel diller, yerel kültürler meselesini nasıl çözdünüz? Üçüncüsü; dün Sayın Cumhurbaşkanı da o konuya değindi, bizim şu olağanüstü hal kararnameleleri var, Kanun Hükmünde Kararnameler. Bu madde, Fransız Anayasası'ndan gelmiştir; hatta De Gaulle için, o yetkilerinden dolayı "Kraliyet Anayasası" falan da denir. De Gaulle, bu yetkilerini 1961-62'de kullanmıştır. Bu hüküm değişti mi? Bu, yargı yolunu kapatan bir hükümdür; yani Fransa'daki durum nasıl demek istiyorum, Türkiye'nin üzerine çok mu geliniyor diye endişem var.

Bir başka mesele; Mösyö Pen iktidara gelse, yani çoğunluğu alsa, iktidarı alabilir mi, fiilen verir misiniz, ne olur?

Son olarak bir sorum daha var: Ben, Fransız kültürüne bağlıyım, alınganlık etmeyin Sayın Profesör. Fransız Meclisinde bugünlerde bir kanun tasarısı var; "1915 tarihinde Osmanlı İmparatorluğu jenosit işledi" deniliyor.

Eğer bu yasa tasarısı kabul edilirse, Fransa'da bunun aksini iddia eden cezalandırılacak. Ben, bunları Türk basınından aldım. Bu durumu bir hukukçu olarak ifade özgürlüğüyle bağdaştırabiliyor musunuz? Ben, "bunu yapmadılar" dedim, cezalandırılacağım; böyle mi, basın bizi yanıltıyor mu?

Teşekkür ederim.

### **Prof. Dr. Jean Rosetto**

---

#### **Fransızca Cevap**

*Messieurs, je vais essayer à répondre à ces questions. Je ne sais pas si j'y arriverai. Je vais les répondre un peu en désordre. S'agissant de l'article 16, il est toujours en place.*

### **Prof. Dr. Jean Rosetto**

---

#### **Türkçe Açıklaması**

Sayın konuklar bu soruları cevaplandırmaya çalışacağım. Ancak tam olarak başarabilecek miyim bilemiyorum. Soruları sırasız olarak cevaplayacağım. İlk olarak Anayasamızda halen mevcut olan söz konusu 16.maddeden başlayacağım.

#### **Soru**

---

Efendim, on altıncı madde, şu Cumhurbaşkanının beğendiği madde -ki yargı yolunu kapatmıştır- Fransa'nın bütünlüğü söz konusu olduğunda, iç harp, kurumların tehlikede olduğunda kullanılır. O maddeyi De Gaulle 61 ve 62'de kullanmıştır. Bir General Salam vardı -Cezayir'de bu adam- Cezayir'in bağımsızlığı meselesinde birbirlerine girdiler; neyse kullandı. Yargı yolunu kapatmıştır. Bizim yargı yolunun kapatılması meselesini, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu çıkarıyor bu kararnameyi, Meclise daha sonra sunuyor; oradan geliyor. Ben onu sordum, "hiçbir şey değişmedi, öylece duruyor madde" dedi.

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

*Fransızca Cevap*

*Oui, cet article 16 n'a été appliqué qu'une seule fois. A l'égard de l'Algérie comme vous l'avez dit. Il y a des conditions extrêmement restrictives pour son application. Il ne peut pas être appliqué très très facilement. Heureusement il a été la question de l'appliquer éventuellement en soixante un, mais soixante-huit ça n'a été fait. A mon avis maintenant, je ne vois pas la nécessité, mais il est dans la Constitution. Ça c'est la première chose.*

*Une deuxième chose, il existe des langues locales qui peuvent être enseignées au niveau de l'éducation nationale, je veux dire dans les lycées et cétéra; toutefois, elles ont le statut si vous voulez linguistique tout-à-fait admis. En revanche, pour ce qui concerne la Constitution de la Parti Indépendantiste, c'est ça que vous voulez dire, Parti Corse et de Basque, ...*

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

**Türkçe Açıklaması**

Evet, 16.madde yalnızca bir defa uygulandı. Sizin de dediğiniz gibi Ceza-yir olayında uygulandı. Bu maddenin uygulanması için gerçekten çok uç şartlar gerekiyor, kolay kolay uygulanamaz. Bu da iyi bir şey 1961 yılında uygulanması söz konusu olmuştu fakat 1968 yılında uygulanmadı. Anayasa-da bu madde hala var ancak ben bu maddenin bir yararını göremiyorum. Bu ilk şey.

İkinci şey ise, ulusal eğitim düzeyinde yerel dillerde eğitim verilebiliyor, burada söylemek istediğim, liseler ve dengi okullar vb; bununla birlikte yerel dilleri de isterseniz dilbilimi olarak kabul edebilirsiniz. Ama bağımsızlık yanlısı partinin kuruluşuna gelince, herhalde burada söylemek istediğiniz Korsika ve Bask partisi galiba.....

**Soru**

Evet

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

*Fransızca Cevap*

No, ce n'est pas autorisé parce que nous sommes dans un système, probablement c'est la même situation en Turquie, très centralisé. Par exemple, il y avait eu une quinzaine d'années des partis indépendantistes existent toujours d'ailleurs; mais ils n'ont pas été représentés dans les territoires et enfin départements d'outre-mer. Et ils ne peuvent avoir une fonction que nationale. Au plan local en revanche, ils peuvent avoir une représentation, au plan local. Pour les élections régionales, en Martinique et Gouadaloupe par exemple, un Parti de l'Indépendance Martiniquaise a eu la majorité dans le Conseil Régional. Et d'une manière générale, un parti séparatiste, je regrette que mes collègues constitutionnalistes ne sont pas là, ils pouvaient m'aider dans cette réponse. Je ne vois pas s'il puisse être toléré parce que ce serait à ce moment-là il tomberait sous les coups de multipartisme est autorisé, mais il tomberait sous les coups de désordre. Danger pour l'ordre public, vous voyez. En suite, alors, je n'ai pas le, ... vous savez, on met dans une atmosphère de repentance un peut partout. Et c'est vrai que, je crois que c'est le Sénat qui a admis que le génocide contre les arméniens était commis, mais pour le moment, je ne sais pas encore quel va être le statut juridique de cette décision si elle devient loi. Bon, alors après, si on dit qu'il n'y a pas un génocide, c'est comme si on disait qu'il n'y a eu un génocide contre les juifs, etcetera, et c'est possible du robe une peine, au pénal...

Oui, mais ça rejoint un petit peu le débat de liberté de l'expression, mais il y a des limites de droit. L'exercice de la liberté de l'expression ne peut pas être utilisée systématiquement. Y a un certaine nombre de restrictions qui se pose.

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

*Türkçe Açıklaması*

Hayır, buna izin verilmemiş, çünkü biz çok merkezîyetçi bir sistemiz, muhtemelen Türkiye'nin durumu ile aynı. Mesela her şey bir yana on beş

yıldan beri bağımsızlık yanlısı partiler mevcut olmuştur ama bu partiler ülke topraklarının tamamında temsil edilmemiş yani bu partilerin deniz aşırı kısımlarda temsil edilmiş olmalarından söz ediyorum. Bu partilerin yalnızca ulusal bir işlevleri söz konusu olabilir. Buna karşılık yerel planda temsil edilebilirler. Yerel seçimler için ,mesela Martinik ve Guadaloupe, Martinikli bağımsızlık yanlısı bir parti Bölge Konseyi'nde çoğunluğu sağladılar. Genel olarak, bir ayrılıkçı parti bunu üzülererek söylüyorum ki anayasa hukukçusu arkadaşlarımız salonda değiller, bu soruya cevap vermemde bana yardımcı olabilirlerdi. Bunun kabul edilip edilmeyeceğini bilmiyorum çünkü o zaman çoğunluk partileri sisteminin içine girip düzen-sizliğe uğrayabilirler. Görüyorsunuz bu da kamu düzeni için bir tehlikedir. Görüyorsunuz, aslında çoğu yerde pişmanlık dolu bir atmosferdeyiz .Evet bu doğru, tahmin ediyorum. Senato Ermenilere karşı işlenmiş soykırım suçunu bu zaman için kabul etti ama eğer bu karar kanun haline gelirse, bende henüz bu kararın nasıl bir hukuki statüye sahip olacağını bilemiyorum. Tamam,bundan sonra eğer bir soykırım yok dersek , bu Yahudilere karşı bir soykırım olmamış demek gibi oluyor ve böylece bu ceza hukukundaki cezanın anlamını yitirmesi gibi olabilir.....

Evet ama bu yavaş yavaş ifade özgürlüğü tartışmasına gidiyor ama hukuki sınırlar vardır. İfade özgürlüğü uygulaması sistematik olarak uygulanamaz. Belirli sayıda ortaya çıkan kısıtlamalar bulunur.

### **Question**

*Quelle est la position du Conseil Constitutionnel de la France à propos des langues locales?*

### **Soru**

Fransız Anayasa Konseyi'nin yerel diller konusunda pozisyonu nedir ?

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

---

*Fransızca Cevap*

*Je veux dire franchement que je ne le sais pas. Mais, après demain, le Professeur Roussillon qui est un spécialiste du Conseil Constitutionnel Français vous répondra.*

**Prof. Dr. Jean Rosetto**

---

**Türkçe Açıklaması**

Açıkça söylemek istiyorum ki Anayasa Konseyi'nin bu konudaki pozisyonunu bilmiyorum. Ama yarından sonra Profesör Roussillon, Anayasa Konseyi konusunda uzmandır, bu sorunun cevabını yarın size verecektir.

**Oturum Başkanı**

---

Teşekkür ederim.

Son kez size söz verelim; buyurun.

**Av. İsmet Güneş**

---

**Van Barosu Başkanı**

Efendim, siz, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin temel hak ve özgürlüklere getirdiği kısıtlamalar arasında ırkçılığın da bulunduğunu ve kaldı ki ırkçılığın şiddet ihtiva etmesinin de koşul olarak aranmadığını belirttiniz. Şunu merak ediyorum: Acaba Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ırkçılığın tanımını ve sınırlarını nasıl yapmaktadır? Kültürel haklara ilişkin söylemlerle ırkçılığa ilişkin söylemlerin sınırlarının nerede bittiğini veya nerede karşılaştığını nasıl tespit etmekte? Giderek kimi kültürel haklara



izin vermeyen, sözleşmeye taraf ülkelerdeki kamu otoritelerinin yaklaşımını da bu bağlamda ırkçılık olarak addetmekte midir?

Teşekkür ediyorum.

### **Dr. Rıza Türmen**

**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıçısı**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kültürel haklarla uğraşmamaktadır; onun için kültürel haklarla ırkçılık arasında bir ayırım yapmak, bir sınır çizmek gibi bir problemi yoktur. Irkçılık tanımı yapmamıştır; fakat açıkça ırkçılığı teşvik eden beyanlar, -Batı Avrupa'da gördüğümüz Nazi partilerinin yeniden kurulması, işte o günlere duyulan özlemler vesaire- bu gibi yazılar, bu gibi gösteriler İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ırkçı yayın sayılmaktadır. Zaten burada bunu tespit edecek olan devletin kendisidir; devlet kendisi ırkçı gördüğü için bu yayını kapatmıştır ya da yasaklamıştır ve bu yasaklama üzerine dava açılmıştır. Onun için ayırımı yapan burada, o beyanı ya da yazıyı ırkçı olarak niteleyen devletin kendi makamlarıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, eğer gerçekten böyleyse, bunu sözleşmeye uygun görür.

### **Oturum Başkanı**

Teşekkür ederim.

Ben, Sayın Sait Güran'a, soruları cevaplamak üzere söz veriyorum.

### **Prof. Dr. Sait Güran**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

İki tane soru var. Sayın Avukat Suha Özkan'a teşekkür ediyorum, bana bu fırsatı verdiği için. "Sanıyorum dil sürçmesi oldu. Anayasanın 24. Maddesinin aynen korunması gerektiğini söylediniz; din derslerinin zorunluluğunu düzenliyor" diyor. Hayır; ne söyledim, bilmiyorum, şu anda hatırlamıyorum, ama öyle kastetmedim. Söylediğim şu: "24 son aynen korunacak." Öyle bir hüküm ve hatta "bir zamanlar bunun bir siyasi deneyimi oldu. Bu 24 son gittikten sonra, aslında giden, Anayasanın 2. Maddesindeki laikliktir" dedim. Bitti, bu kadar basit. 24/2 var; 24/2'nin daha iyi ifadesi, 61'in 19. Maddesinin 2. Fıkrasıdır. Çünkü o diyor ki, "Kamu düzenine, genel ahlaka -ben, buna kamu yararını da ekliyorum'- veya bu amaçlarla çıkarılan kanunlara aykırı olmayan serbest" diyor. İşte Amerika'nın getirdiği test de budur diyorum, en son kabul ettiği test diyorum.

Din derslerine gelince; sormuşlar, onu da yanıtlayayım: Din dersleri konusunda "olsun mu, olmasın mı"; bir siyasi taktirdir. "Olsun" taktiri yapılabırsa, doğru olan cümle, yine 61'in 19. Maddesindekidir. O da sorulmuş; onu da bu suretle cevaplayayım. Sanıyorum tatminkâr bir yanıt oldu.

Doç. Dr. Nuri Çakır, iki tane soru soruyorlar. İkinci sorudan başlayayım: "Görgü kurallarına aykırı davranışın kınanması hakkı var mıdır? Bu hak dini kaynaklı bir kıyafetin görgüsüzce sayılarak kınanması hakkını da içerir mi? İnsanların dini nedeniyle kınanması yüzünden..." Bu kınamayı iki anlamda anlayacağım. Bir tanesi; bu kişi öğrenci değil, hatta ancak memur olabilir. Bu kınama, bir disiplin cezası anlamında kınama ise, o zaman devlet tarafından; yani idareyi de devlet saydığımız için, idare tarafından yapılan bir işlem vardır. Ben, hayatımda böyle disiplin cezası hükmü hatırlamıyorum; böyle bir hüküm yok, olması da mümkün değil. Bunun hukukla veya başka bir konuyla, görgü kurallarıyla bir ilgisi yok. Görgü kurallarına göre toplumunun kınanması -Sait'in kınanması, onun kınanması, bunun kınanması...- zaten mümkün değildir, bunun hukuki bir konu olduğu kanısında değilim.

Birinci soru; "Kamusal alanda çağdaş görünümün korunması amacı, bir kamu yararı amacı mıdır? Öğrencilerin, bayan memurların ve erkek memurların eşlerinin kıyafetlerine dini inançları yaşamlarına bu sebeple müdahale ediyor?" Hangi sebeple müdahale edildiği veya hangi sebeple -daha düzgün laf, müdahale yok orada- konunun düzenlendiği, Danıştayın

ve Anayasa Mahkemesinin kararlarınca herkesin anlayacağı açıklıkta anlatılmıştır. Bu kararlar okunduğunda, sanırım meslektaşımız da bu konuda gerekli açıklamayı almış olacak. Çağdaş görünümün korunması amacı mıdır? Türkiye için evet. Bunu tersinden düşünün; bunu tersinden koyduğunuz zaman, bunun bir kamu yararı olup olmadığına gayet net biçimde karar verirsiniz. Yani bunu koymadığınız taktirde; -onu anlatmaya çalıştım- benim dinim A, A dinine göre giyineceğim; ötekinin dini B, B'ye göre giyinecek; ötekinin dini C, C'ye göre giyinecek. İşte deminden beri onu anlatıyorum; adam diyor ki, "bunun dinle falan ilgisi yok." Çağdaş kıyafetle dolaşmak bir kamu yararı mıdır? Benim kişisel kanımı soruyorsanız; dünyanın her yerinde öyle ve de Türkiye'de de öyle."

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Teşekkürler.

Sayın Fazıl Sağlam'a, soruları cevaplamak üzere söz veriyorum; buyurun.

### **Prof. Dr. Fazıl Sağlam**

---

Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Bana yöneltilen 3 soru var, ikisi aynı konuyu ilgilendiriyor; yani iki soru, Doç. Dr. A. Nuri Çakır ve Av. Hacı Ali Özhan tarafından yöneltilmiş sorular bunlar. Bu arkadaşlarımız, 312'yle ilgili soruyu yöneltiyorlar. Ben tabiri anayasa hukukçusuyum, ceza hukukçusu değilim, yani 312'nin çok ayrıntılarına falan giremem; ama benim kastettiğim şu: Size okuduğum Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeyle 312 birbirine paralel hükümler içeriyor. Yani Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme "kanunla yasaklanır" diyor ya; 312, o kanunla yasaklamanın bir ifadesi.

Arkadaşımız, şunu öneriyor; diyor ki, "Suç işlemeye tahrik olmalı." Aslında 312'de tahrik var; "Halkı sınıf, ırk, din, mezhep ve bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eden kimse..." Hatta "açıkça tahrik" ifadesi var. Suça tahrik, 312. Maddenin 1. Fıkrası. Ancak, bu itirazlardan şu anlaşılıyor: Benim de kabul ettiğim bir olgunun varlığı ortaya çıkıyor; uygulamada aksaklıklar var. Benzer hükümler Avrupa'nın birçok ülkesinde var; ama orada bu çeşit uygulamalar olmuyor. Ben, ona karşı öneri olarak "Anayasa şikayeti gelsin" demiştim; ama değişiklik de olabilir, yani 312'de uygun bazı değişikliklerin yapılabileceğine de karşı çıkmak niyetinde değilim. Bildiğim kadarıyla bir hazırlık var; mesela 312'nin ikinci cümlesi, ağırlaştırıcı sebep olarak koyulan cümlesini 312'ye monte etmek istiyorlar. Yani şu: "Bu tahrik, umumun emniyeti için tehlike olabilecek bir şekilde yapıldığı takdirde, faile verilecek ceza 1/3'ten yarıya kadar artırılır." İşte belki şeye monte etmek, düşünülebilecek çözümlerden birisidir. Sanıyorum Bakanlığın böyle bir hazırlığı vardı; ama her halükarda halkı sınıf, din, ırk, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik eylemi, bir özgürlük kapsamı içinde olabilecek bir eylem değildir, yani cezalandırılması gereken bir eylemdir. Zaten bizim imzaladığımız o Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, bunun yasaklanmasını öngörüyor.

Benim işaret etmek istediğim nokta oydu zaten; yani uluslararası standartlar bakımından 312'nin doğrudan doğruya kendisi, büyük bir kusur oluşturmuyor, doğru uygulanırsa hiçbir kusur oluşturmaz; ama doğru uygulanmadığı için bazı düzeltmeler yapılabilir, özetle söyleyeceğim bu.

Anayasa şikâyeti konusunda, anayasa hukuku araştırma görevlisi bir arkadaşımızın tereddüdü var. Bu tereddüt, yaygın bir tereddüt. Ozan Ergül arkadaşımız diyor ki, "Anayasa Mahkemesi iç tüzüğünde yeni bir değişiklik oldu; bundan böyle kararlar raportörlere yazdırılacak. Karşı oylar, Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçeleri beklenmeksizin yayınlanması mümkün kılınacak." Yani arkadaşımız, dolayısıyla şunu dile getirmek istiyor: "Bunu bile fazla bir yük olarak gören bir Mahkemeye bir de anayasa şikayetini verdiğiniz zaman, bu yükü kaldırabilir mi?" Yani o konuda bir endişe var. Bence bu endişeyi aşmak lazım.

Anayasa Mahkemesinde yapısal değişiklik yapılarak aşılabılır. Alman Anayasa Mahkemesinde böyle iki daire var; bunlardan bir tanesi anayasa şikayetine bakıyor ve anayasa şikayeti de tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin prosedüründe öngördüğü bazı süzgeçlerden geçiyor. Yani orada da 3 kişilik bir komite, önce kabul edilebilir olup olmadığına bakıyor. Anayasa Mahkemesine böyle bir yetki verildiğinde, herhalde buna benzer çözümler dile getirilecek; yani o dairenin bir veya iki yargıcı veya üç yargıcı, önce kabul edilebilir olup olmadığına karar verecek. Yani Alman Anayasa Mahkemesi bu işin altından nasıl kalkıyorsa, -yüzlerce, binlerce anayasa şikayetine muhatap oluyor- Avusturya nasıl kalkıyorsa, Portekiz nasıl kalkıyorsa, İspanya nasıl kalkıyorsa, bizde de bu yükün altından kalkılabileceğini düşünüyorum ve bunu bir yük olarak görmemek gerektiğini düşünüyorum. Aksi taktirde ne oluyor; absürt bir şey oluyor. Bizde hakkını bulamayan vatandaş, Avrupa'ya gidiyor.

Bizde yargı alanı dar, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek konular var; 12 Eylül yasaları, Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleleri. Bunlarda da yargı yollarını tüketici bir eyleme zaten giremiyorsunuz. Giremediğiniz gibi, hatta Sıkıyönetim Kanununda vesairede idari bakımdan engeller de var. Ancak, Türkiye'de derdini anlatamayan vatandaş, "git, Avrupa'da derdini anlat" diyorsunuz. İşte Anayasa şikayeti, buna getirilen bir çözümdür; yani önce içerde bunu halledelim. Sayın Rıza Türmen, biraz önce gayet güzel koydu fonksiyonu; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin gerçekleşmesi bakımından öncelikli görev devletlere düşüyor. İşte bu öncelikli görev bağlamında anayasa şikayetini getirdiğimiz taktirde, uluslararası problemlerimizde de bazı azalmalar olur ve anayasa şikayeti, Yargıtay veya Danıştay üzerinde de olumlu bir etki yaratabilir. Çünkü anayasa şikayetinde, Anayasa Mahkemesi, konuyu bir temyiz mercii olarak incelemeyecek, temel hak ve özgürlükler perspektifiyle inceleyecek; yani "temel hak ve özgürlükler ihlal olunmuş mu, olunmamış mı" açısından inceleyecek ve bu da yüksek mahkemelerimiz bakımından olumlu bir iletişim kaynağı olacak. Ben, o bakımdan öneriyorum ve genç arkadaşımın o endişeyi duymamasını istiyorum.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

Teşekkürler.

Söz, Sayın Güney Dinç'in; buyurun efendim.

## Av. Güney Dinç

İzmir Barosu

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Doç. Dr. Nuri Çoker izleyenimizin bana da bir sorusu var. Kısa bir soru; ama bu soruya bir yanıt vermeye kalkarsak, bugün yeni bir sempozyum birimini başlatabiliriz. Soru şu: "Dünya anayasalarında değişmez hükümler var mıdır? Varsa, bu ülkelerde demokrasi var mıdır? Varsa, değişmez hükümleri değiştirmeye çalışan meclisin ya da meclis grubunun engellenmesinin anayasal sistemde yeri ve imkânı var mıdır?"

Gerçekten son derece geniş kapsamlı, geniş tartışmalara açık ve tartışılması gereken bir soru; ama bu saatten sonra bu iş biraz zor. Ben, yalnız şunu söyleyebilirim: Değişmez kurallar içeren başka anayasalar da vardır ve bu ülkelerde demokrasi de vardır. Tabii bu soruyu bir de bağımsız alamam; ancak kendi bugünkü sunuşum çerçevesinde bu soruyu değerlendirebilirim, çünkü bunun için buradayım. Değişme niteliğini taşıyan, anayasaca değişmez niteliğini taşıyan hükümlerin değişmesi için düşünsel düzeyde öneri geliştirilebilir mi? Bence bu mümkündür; ama bu öneriler parlamento gündemine girebilir mi, bu konuda bir değişim olabilir mi? Buradan ötesi, artık bir başka tartışmanın konusu olabilecek genişlikteki bu sorunun hepimiz tarafından düşünülmesini, yararlı görüyorum.

Teşekkür ediyorum.

## Oturum Başkanı

Teşekkür ederim.

Son olarak Sayın Rıza Türmen'e söz veriyorum.

İki soru da Sayın Nuri Çakır tarafından sorulmuş bir soru. Sayın Dinç'in sorusuyla aşağı yukarı aynı: "Sizce anayasalarda demokratiklik ilkesi dışında değişmez hüküm bulunabilir mi? Değişmez hükümleri değiştirmeye çalışmanın ya da kalkışmanın müeyyidesi var mıdır; yoksa demokratik bir müeyyide biçimi..." Tabii ilke olarak bütün her şeyin değiştiği dünyamızda, hele bu kadar hızla değiştiği bir dünyada hiçbir şeyin değişmez olmadığını kabul etmek daha emin bir şey. Çünkü yasalar da belirli toplumsal ihtiyaçlardan doğuyor; o toplumsal ihtiyaçlar değiştikçe, yasalar da değişiyor, anayasa da değişiyor. Bence ilke olarak bu; yani yasa koyucunun ilerdeki başka bir yasa koyucuyu, kendinden bilmem kaç yıl sonra gelecek yasa koyucuyu kendi iradesiyle bağlaması ilke olarak doğru olmayabilir. Fakat devletin temel özelliklerine ilişkin birtakım hükümleri anayasalarda acaba değişmez yapmak gerekir mi? Şimdi Hocamla da konuşuyorduk; değişmez diyen hükümün değişmeyeceğini nasıl garanti edeceksiniz, bunu nasıl sağlayacaksınız? Anayasada bir hüküm olacak; "Anayasanın şu şu maddeleri değişmez" diyen; peki bu hüküm nasıl değişmeyecek, bunun değişmez niteliğini nasıl sağlayacaksınız? Bence asıl güvence, anayasaya bu maddeleri koymak yerine, tabii ki devletin temel özellikleri üzerinde toplumsal bir konsensüs sağlayabilmek; yani devletin asıl güvencesi bu. Bu konsensüsü sağlayamamış iseniz, hâlâ devletin sistemi üzerinde tartışmalar yapılabiliyorsa, o zaman anayasaya böyle şeyler koymak mümkün tabii; ama ne kadar garanti olur, devletin temel niteliklerini ne kadar teminat altına alır, o da sormaya değer bir soru bence.

Sayın Nuri Çakır'ın başka bir metni daha var; fakat o, sorudan daha çok, bir görüş galiba, dilerseniz onu okuyayım:

"1. Kamuoyunu yönlendirenlerin basın veya çoğunluğu -yüzde 70- 'halka rağmen halk için' diyen türden solcu. Oysa yönlendirmeye direnen kamuoyu kesimi, -o da yüzde 70- kendi taleplerinin devlet tarafından benimsenmesini istiyor.

2- Aydınların çoğunluğu, çocuğuna seküler dini bilgi verilmesinden yana; avam ise çocuğunu yönlendirici dini bilgi ve eğitim verilmesini istiyor, fakat olmuyor. Aydınların etkinliğinin artması, halkın mevcut uygulamayı benimsememesi ve nihai planda demokrasiyi laftan ibaret görmesine yol açıyor." Bunlar, galiba Türkiye'de yaşadığımız problemler.

## Oturum Başkanı

---

Çok teşekkür ederim.

Katkıda bulunmak isteyen bir arkadaşımız var; 3 dakikayı geçmesin lütfen.

## Veli Pancarcı

---

Hukuk Doktoru

Sayın Başkan, insan hakları ve temel özgürlüklerinin daha geniş bir anlamda demokrasinin bir ülkede uygulanabilmesi için, her şeyden önce o toplumun kültürel düzeyinin geliştirilmesi lazımdır. Bu, yıllar önce OECD'nin Güney Avrupa ülkeleri hakkında düzenlemiş olduğu bir rapora, geçen asrın, yani 20. Yüzyılın en meşhur siyasal bilimcilerinden biri olan, hatta bir numaralı, Morris Duverger bunu ifade etmektedir. O bakımdan, arzu edilen yasaların, başta da anayasanın uygulanabilmesi için, toplumun o düzeye getirilmesi gereklidir.

İkincisi, bütün demokratik hukuk devletlerinde temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması üç ögeye bağlanmıştır: Birincisi kamu düzeni, -konuşmacılar, kamu yararını da ilave ettiler- ikincisi genel sağlık, üçüncüsü ise genel ahlak. Yine zamanımızda en mutlu yaşanan ülke olarak, insan hakları ve temel özgürlüklerin en iyi uygulandığı ülkelerden biri olan İsviçre'den bir-iki örnek vereceğim: Biri, Belçika'da yayımlanan ve en saygın, en çok okunan gazete olan La Libre Belgique'te her 5 yılda bir okuyu-



cuları arasında yapılan ankette, İsviçre her bakımdan en mutlu yaşanan ülke olarak tarif edilmektedir. Bizde de gerek bu giyim-kuşam, gerek başka hususlara bir örnek teşkil etmek üzere, 1958 yılı İsviçre Anayasasında, ne başka kanunlarda bir hüküm yok iken, orada herkes emekliliğini hak edinceye kadar -ki, 65 yıldır- çalışmak zorundadır, çalışır. 21 günlük izni geçiren bir genç bayana, 22 nci gün polis gelmiştir, "Hanımefendi, siz tatilinizin bitmesine rağmen niçin dönmüyorsunuz?.." Cenevre'de çalışıyor ve o tarihte Fribourg'da bulunuyordu.

Demek ki bu kamu düzenine aykırı olduğu zaman, elbette ki bir devlet her bakımdan, yani kamu düzeni yönünden giyimine de, kuşamına da müdahale edebilir, sınırlayabilir; ikincisi, sağlık yönünden, elbette ki toplumun yararına olan düzenlemeleri yapar. Örneğin Amerika'da bu çok önce, çeyrek yüzyıla yakın bir süre önce konulmuştur; -daha Türkiye'ye, Avrupa'ya da tam anlamıyla gelmemiştir- yasalarda yoktur, ama insan sağlığı yönünden 4 bin zararlı element taşıyan tütünü yasaklar. Fakat tütün şirketleri, -ki bunlar federal hükümet de dahil- Amerika'da, hükümetler... Yani bu temel hak ve özgürlüklerde, demokrasinin uygulanmasında, -bunu temas etmemde- yalnız kanun koyucular değil, yalnız üniversiteler değil, bilhassa holdingler de büyük rol oynuyor. Özellikle de enformasyon, masmedya denilen görsel ve basılı iletişim organlarına sahip olanlar da özgürlüklerin ve temel hakların kullanılması veya kullanılmamasında büyük etki oluyor. Burada bunlara değinilmedi, onun için zamanınızı aldım. Çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

### **Oturum Başkanı**

---

Biz de teşekkür ediyoruz efendim, sağ olun.

Çok yoğun geçen bir toplantının sonuna geldik. Değerli konuşmacılar, temel hak ve özgürlüklerle ilgili görüşlerini çok açık bir şekilde dile getirdiler. Ben, vaktinizi de almak istemiyorum, zaman çok ilerledi. Sayın konuşmacılara çok teşekkür ediyorum, size de sabrınız için teşekkür ediyorum. Sizleri saygıyla selamlayıp Oturumu kapatıyorum.

ÜÇÜNCÜ GÜN

KONFERANS

“SİYASAL SİSTEMLER

(DEMOKRATİK PARLAMENTER SİSTEM,

BAŞKANLIK-YARI BAŞKANLIK SİSTEMİ, TEK, ÇİFT MECLİS)



**Oturum Başkanı**

**Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Konuşmacılar**

**Prof. Dr. Süheyl Batum** (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

**Prof. Dr. Alain Bockel** (Galatasaray Üniversitesi-Orléans Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Doç. Dr. Erdal Onar** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof. Massimo Villone** (İtalya Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu Başkanı,  
Anayasa Hukuku Profesörü)

**Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli dinleyiciler; öncelikle bu toplantıyı düzenleyen Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür ediyorum; bu onurlu görevi bana verdiği için ayrıca teşekkür ediyorum.

Toplantıya katılan değerli konuşmacıları davet etmek istiyorum. Prof. Dr. Massimo Villone, Prof. Dr. Alain Bockel, Prof. Dr. Süheyl Batum ve Doç. Dr. Erdal Onar.

Hükümet sistemleri, seçim sistemleri, siyasi parti sistemleri, Türkiye'de ve dünyada en çok tartışılan konulardan biri. Bir anayasa kurultayında da kuşkusuz böyle bir konunun olması kaçınılmazdı. Ben, zaman zaman Türkiye'de bu tür konuların artık çok tartışıldığını, artık söylemden uygulamaya geçmesi gerektiğini, siyasal irade belirmesi gerektiğini düşünüyorum ve bazen diyoruz ki, "artık aynı şeyleri söylemekten sıkıldık." Gerçekten bu konu, benim bu dördüncü-beşinci konuşmacı ya da tartışmacı olarak katıldığım konu. Ancak, diğer taraftan, Türkiye'de bu konuların hâlâ tartışmaya açık olması gerektiğini de görüyoruz. En basit örneğiyle, Türkiye'de insanlar, istikrarlı yürüme adına başkanlık sistemini isterken, fesih yetkisi olan başkanlık sistemi diyebiliyorlar, fesih yetkisi olan başkanlık sistemi. Bunu sokaktan bir vatandaş söylemiyor, belli otoriteler söylüyor. Parlamenter sistemlerde Cumhurbaşkanının koşulsuz fesih yetkisi söyleniyor.

Bence bütün bunlar, hâlâ başkanlık sisteminin, parlamenter sistemin, yarı başkanlık sisteminin ne olduğunun iyice yerleşmediğini gösteriyor. O bakımdan, öyle anlaşılıyor ki, uzunca süre bunları konuşmakta, tartışmakta yarar var. Kaldı ki Türkiye'nin bugünkü gündeminde de bir anayasa değişikliği var. Çok yakın geçmişte, Cumhurbaşkanı seçimi öncesi, yine konumuzu ilgilendiren, -diğer değişikliklerden bahsetmiyorum- 5 artı 5 diye bilinen ve bugün de gündeme getirilen, Cumhurbaşkanının 5 yıllık bir dönem için arka arkaya iki defa seçilmesi formülü, hükümet sistemini

yakından ilgilendiren bir konu. Cumhurbaşkanının yetkileri, Sayın Cumhurbaşkanı, göreve gelmeden önce açıklaması var, bu Oturumu açarken açıklaması var, Meclisin gündeminde "By-pass Yasası" olarak bilinen yasa var. 93'te bu doğrultuda bir girişim ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararı var ve zaman zaman hükümetle Cumhurbaşkanı arasında yetki çatışmaları yaşıyoruz.

Parlamentar sistemlerin sorunsuz işlediği ülkeler, monarşiler. Krallıklarda, parlamenter sistemde, Devlet Başkanı-Başbakan çatışması olmuyor. Onun için parlamenter sistemlerin esas anayurdu İngiltere ve Avrupa'daki monarşiyle yönetilen parlamenter sistemlerde bu bakımdan bir sorun çıkmıyor. Ancak, cumhuriyetlerin her birinde bazı sorunlar yaşanıyor; Fransa 5 Cumhuriyet yaşadı, konduğumuz Bockel, zannediyorum Fransız örneğini anlatacak. İtalya, parlamenter sistemi koalisyonlarla götürmeye çalışıyor; ama o da bugünlerde tartışıyor seçim sistemiyle beraber, yarı başkanlık sistemi gündemde. Türkiye'de aynı şekilde sorunlarımız var dedik. O halde parlamenter sistemlerde Cumhurbaşkanı, hükümet, Başbakan yetkileri sorunu, kilit bir sorun olarak karşımıza çıkıyor. Monarşilerde kral bu konumu kabullenmiş. Kral, parlamenter sistemlerin ideal devlet başkanı. Kraliyet, monarşi, makam, buna böyle bir avantaj sağlıyor; konumu itibarıyla partilerden uzak, tarafsızlığı kabullenmiş, içine sindirilmiş, böyle bir çatışma çıkmıyor. Ancak, cumhuriyetlere geldiğimizde, ister meclis seçsin, ister halk seçsin, Cumhurbaşkanına bazı yetkiler verme ihtiyacı duyuluyor.

Tabii halkın seçtiği Cumhurbaşkanına, işin mantığı gereği daha fazla yetki verilmesi gerekiyor. O zaman da doğal olarak "hükümetin yetkileri nerede bitiyor, Cumhurbaşkanı yetkileri nerede başlıyor" sorunu ortaya çıkıyor. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının yetkilerini arttırdığımız sürece, Cumhurbaşkanı, Başbakan, hükümet arasındaki yetki çatışması, sürtüşmesi daha da artacaktır. Cumhurbaşkanını seçimle getirip siyasal meşruiyetini daha da güçlendirdiğimiz zaman, sistem yarı başkanlık sistemine doğru yönelmek zorunda. Çünkü halkın yüzde 51'inin oyunu alan bir Cumhurbaşkanı, özellikle koalisyonla yönetilen ülkelerde yüzde 22-yüzde 30'larla Başbakan olan bir sistemde, siz ne kadar "anayasada senin yetkin yok"

derseniz deyin, güçlü bir prestije sahip olacaktır, o Cumhurbaşkanıyı frenleyebilmek pek mümkün olmayacaktır. Kaldı ki yüzde 50 oyla gelmiş bir Cumhurbaşkanına, "sen yetkisizsin" demenin de çok mantığı olmayacak. O bakımdan, parlamenter rejimin işletilmesi isteniyorsa, bence bunun orijinali benimsenmelidir; yani orijinali kral, yetkisiz, tarafsız, -yani bunu "saltanata geçelim" manasında kuşkusuz söylemiyorum- onun gibi yetkileri sınırlı bir Cumhurbaşkanı. Bu konuda bir Cumhurbaşkanı, demokrasilerde bir şekilde seçim olacağına göre, parlamentonun seçtiği Cumhurbaşkanı bu konuma daha uygun olabilir ve yetkileri anayasayla sınırlanmış Cumhurbaşkanı, parlamenter sistemin orijinaline daha uygundur diye düşünüyorum.

Şimdi bu konuda tartışmalar olacak; ben de daha sonra görüşlerimi tekrar açıklama hakkımı saklı tutarak, öncelikle sayın konuşmacıları dinleyelim istiyorum. Sayın konuşmacılar, bu konuda ilginç bir laboratuvar. Massimo Villone, bize İtalya örneğini anlatacak. İtalya, gerçekten parlamenter rejimi uygulamaya çalışan, koalisyonlarla uygulamaya çalışan, bu konuda bazı sorunlar yaşayan, bugünlerde yarı başkanlığı sorgulayan, seçim sistemiyle bütünleştirmeye çalışan bir ülke. Zaten seçim sistemi, partiler sistemi, hükümet sistemini birbirinden ayırmak mümkün değil; her zaman bunun harmonisini birlikte düşünmek gerekir, dolayısıyla İtalya da bunu yapmaya çalışıyor. Yarı başkanlık sisteminin prototipi, başarılı uygulaması sayılabilecek Fransa örneğini Alain Bockel bize açıklayacak. Batum ve Onar arkadaşımız da hem sistemler hakkında genel bilgi, hem "Türkiye'deki uygulama ne olabilir" üzerinde değerlendirmelerini yapacaklardır.

Benim elime, sayın konuşmacıların özgeçmişleriyle ilgili ayrıntılı bir bilgi verilmedi. Zannediyorum kendileri bir şey söylemek isterler ya da istemezler, taktir kendilerine ait.

Prof. Massimo Villone, İtalyan Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu Başkanı ve Anayasa hukuku profesörü.

Buyurun Sayın Villone.

## Massimo Villone

İtalya Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu Başkanı  
Anayasa Hukuku Profesörü

Teşekkürler Sayın Başkan.

Öncelikle Türkiye Barosu'na ve bütün Türk arkadaşlarıma beni anayasal0 problemlerin tartışılacağı bu önemli kongreye davet ettikleri için teşekkür ederim.

Sanırım İtalyan deneyimleri ilginizi çekecektir. Biz geçen birkaç yıldır anayasal sistemimizde önemli değişiklikler yapma konusunu tartışmaktayız. Biz şu anda geleneksel parlamento sistemiyle yönetiliyoruz ve en azından on yedi yıldır yönetim biçimimizi değiştirme şansımızı tartışıyoruz. Sanırım size son zamanlardaki gelişmelerden bahsetmem yerinde olacaktır.

Biz bu yasa değişikliği üzerinde 1996 yılından beri çalışmaktayız ve artık neredeyse sonuna geldik. Bu anayasal değişikliği yapabilmek için özel bir anayasal komisyon oluşturduk. Bu komisyon parlamentonun yetmiş üyesinden oluşmakta ve bunlardan birisi yasa değişikliği çalışmalarının başından beri aramızda. Çalışmalar 1997 yılında başladı ve yaklaşık bir yıllık bir çalışmadan sonra yeni anayasanın yaklaşık olarak seksen maddesinin taslağı hazırlanmıştı. Anayasamızın 139 maddeden oluştuğu ve bunun seksen maddesinin gözden geçirildiği göz önüne alındığı taktirde göreceğiniz gibi bu oldukça derin ve yaygın bir reform olacaktır.

Bu özel komisyonda yönetim biçimi olarak iki olasılık üzerinde tartıştık. Bunlardan birisi yarı-başkanlık sistemi ve diğeri de Westminster, yani İngiliz modeliydi. Bu iki çözüm üzerinde de hemen hemen görüş birliği vardı. Ayrıca Fransız tarzı çözüm olan yarı-başkanlık sistemini de teker teker kesin oya sunduk. Böylece kesin sonuca ulaşmayı hedefledik.

Genel olarak vardığımız ortak karar, hangi çözüm kazanırsa kazansın, kaybeden taraf bunu kabul edecek ve bu çözüm yönünde çalışacaktı. Bizim bu iki olasılık üzerinde çalışmamızın sebebi parlamenter sistemin, en

azından günümüzde, olması gerektiği kadar etkili olmadığı konusundaki düşüncelerimizin baskın çıkmasıydı. Esasen, parlamenter sistemin verimli çalışabilmesi ancak güçlü bir parti sistemiyle mümkündür. Parti sisteminin zayıflığı önümüze, politik gücün, özellikle de yönetici gücün temelindeki eksiklikler sorununu çıkartmaktadır. Ve eğer parti sisteminde bir zayıflık mevcutsa, güçlü bir yapının oluşturulmasının tek yolu diğer genel bir karardan geçmektedir. Bu bize iki modelin, Fransız modeli ve İngiliz modelinin, parti sisteminin azalan gücü için genel bir karara varmanın önemi hakkında farklı cevaplar vermesini açıklamaktadır.

Bu bence önemli bir anayasal reform yapmaya en yaklaştığımız andı. Komisyon bir sene boyunca çalıştı ve taslağı Temsilciler Meclisine, Kamara'ya, milletvekillerine ve İşçi Sendikası'na gönderdi. Ancak 1996 yılında politik ortam gün geçtikçe kötüye gidiyordu ve en sonunda tüm oluşum durdu ve biz anayasal reformu onaylatamadık. Bence bu çok şanssız bir sonuçtu. Anayasal sistemimizde köklü bir değişikliğe gerçekten çok yaklaşmıştık. Bilemiyorum bir daha böyle uygun koşulları tekrar yakalayabilir miyiz ancak bu politikanın kuralı ve işler istediğiniz gibi gitmediği zaman bunu tekrar yakalama şansınız olmayabiliyor. Bir anayasa profesörü olarak diyebilirim ki politika, anayasa hukuku dersi almaktan çok daha zor konu.

Burada belirtmek istediğim son bir konu daha var; biz anayasal bir değişiklik yapamamış olsak bile, çok önemli değişiklikler yaptık. Bu değişiklikler elbette ki yazılı anayasamızda olmadı. Bunlar daha çok anayasal sistemimizin çalışması konusundaki biçimsel değişikliklerdir. Geçen yıllarda gördüklerimiz; 1991-1992 krizinden sonra yaygın yozlaşma nedeniyle parti sistemi çöktü. Ayrıca yargı sistemi çok yavaşlamıştı. Bu nedenle politik sistemin kendini yenilemesi belki de Sokold'un Temiz Eller hareketinin bir sonucudur.

1993 yılında yeni bir seçim yasasını meclisten geçirdik. Tamamen orantıya dayalı olan bir sistemi tek oya ve çoğunluğa dayanan bir sistemle değiştirdik. Bu hükümetin fonksiyonunun anayasal formunda büyük bir değişikliğe yol açtı. Peki bu sistem nasıl çalışıyor? Mutlulukla söyleyebilirim ki bu yeni sistem partileri kazanmak için bir araya gelmeye ve koalisyonlar yapmaya zorluyor. Bu sistemde karşı taraftan daha fazla oy almayı ba-

şaran taraf seçimin galibi oluyor. Bunu yapabilmek için de koalisyonlar yapmaya mecbur kalıyorsunuz. Ayrıca koalisyonun bir de lideri var. Klasik sistemde hükümet başkanına oy vermek gibi bir olay mevcut değilken, bu yeni sistemde kişiler oy verdikleri adayın Başbakan olması için oy verdiklerini biliyorlar. Buna örnek olarak 1994 yılındaki ve 1996 yılındaki seçimler gösterilebilir. Bu seçimlerde bir tarafta Sayın Prody yarışırken, kendisi şu anda Avrupa Komisyonu'nu yönetmektedir, diğer tarafta da Sayın Bellusconi yarışmaktaydı.

Burada belirtilen esas konu oylama sistemidir, yani siz bir seçimde oy kullanılarak parlamentonuzda yer alacak kişileri seçiyorsunuz ve daha sonra parlamentoda bir kişi, diyelim Devlet Başkanı, bir kişiyi Başbakan olarak atıyor. Bu parlementer sistemin genel modelidir. Şimdi sizler, yani kişiler, Başbakan olabileceğini düşündüğünüz veya istediğiniz kişiye oy veriyorsunuz ancak bir başkasının Başbakan olduğunu görüyorsunuz. Burada anayasanın resmi biçimiyle ilgili yapılabilecek bir şey yok, ancak anayasanın işleyişiyle ilgili yapılabilecek çok şey mevcut. Bu 1996 yılında yaşandı ve bu yılın nisan ayındaki seçimlerde tekrar yaşanacak.

Yine bir tarafta sayın Bellusconi ve öbür tarafta da sayın Rutelli olacak ve Başbakan olmak için yarışacaklar ve bunu da açıkça "Ben Başbakan olacağım" diye söylüyorlar. Hangisi kazanırsa kazansın, kazanan kişi Başbakan olarak atanmak zorunda ve bu bazı yönlerden Başbakanın Cumhurbaşkanı tarafından atanması ilkesi ile karşılaşılıyor. Cumhurbaşkanı Sayın Champei anayasamızın 92. maddesine göre bir kişiyi Başbakan olarak atamak zorunda ve bu da elbette en fazla oyu alan olacaktır. Bu daha sonra da parlamentonun hükümete vereceği güven oyu ile karşılaşacaktır. Örneğin önümüzdeki nisan ayında ben şöyle bir şey söyleyebilirim; eğer beni seçerseniz ben de sayın bilmem kim için oy vereceğim. Böylelikle ben ahlaki yönden bir ödev almış olacağım ama bunun hukuki bir bağlayıcılığı olmayacak.

Tabi ki bu konuda da parlementer sistemde yapılabilecek çok fazla bir şey yok. Ancak 1994 yılından beri, yaklaşık altı yedi senedir bizim anayasal sistemimizin işleyişi böyle. Bu anayasalar hakkında konuşmadan önce belirtmek istediğim bir şeydi. Yani sadece anayasaların resmi şekillerine bakmamalıyız, bunun ötesinde anayasaların nasıl çalıştığını da inceleme-



liyiz. Özellikle iki önemli eleman olan parti sistemi ve seçim kanununun incelenmesi gereklidir. Biz bu yasa değişikliğinin son kısmı olan seçim kanununun değiştirilmesi konusunu tartışıyoruz. Bunu başarıp başaramayacağımızı bilemiyorum. Yapılacak bazı düzeltmelerle çoğunluk sistemi oran sistemine göre dezavantajlı duruma düşebilir, ancak bu konuya daha sonra konuşma şansım olursa değinmeyi düşünüyorum.

Teşekkürler Sayın Başkan.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Massimo Villone'ye teşekkür ederiz.

Başta da belirttiği gibi, bir anayasa profesörü olmaktan çok, zor da olsa, bir siyasetçi olarak İtalya'yı anlatmaya çalıştı.

Şimdi zannediyorum uygulamasıyla Fransız yarı başkanlık sistemi anlatılacak. Bu çerçevede hemen söz hakkını Sayın Alain Bockel'e vermek istiyorum. Yalnız, konuşmacılar açısından bir süre sınırlaması yapmadım. Sayın Massimo Villone 20 dakika konuşmakla bir ölçü de vermiş olduğunu zannediyorum. Diğer konuşmacılardan da -buna harfiyen uyulmayabilir ama- bu çerçevede konuşmalarını tamamlamalarını rica ediyorum.

Buyurun Sayın Bockel.

## Prof. Dr. Alain Bockel

---

Galatasaray Üniversitesi · Orleans Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## YARI BAŞKANLIK REJİMİ

Hiç şüphesiz yarı başkanlık rejimi ideal bir rejim değildir. Bilinçli, sorumlu, kendi kendisini yöneten vatandaşlar topluluğunun saf demokrasi hayatını bir yana bırakırsak parlâmenter rejim günümüz toplumları için en

uygun model olarak gözükmektedir. Parlamenter rejimde bir tarafta vatandaşların doğrudan seçtiği bir meclis bulunur. Bu meclis vatandaşların farklı görüşlerini temsil etmekte, ülkenin karşılaştığı önemli sorunları serbestçe ve alenen tartışmakta, her birimizi ilgilendiren temel kararlar almaktadır. Diğer tarafta ise, halkın temsilcileri tarafından seçilen bir hükümet bulunmaktadır. Bu hükümetin görevi meclisin denetimi ve güveni altında ortak işleri yürütmektedir. Egemen halka gelince, o, tüm yapının kaynağıdır, çünkü o kendini temsil edenleri düzenli olarak seçme hakkına sahip olduğu gibi, kendi güvenine ihanet edenleri de cezalandırma hakkına sahiptir. Belli Kuzey Avrupa demokrasilerinde oydaşmacı demokrasi- nin az çok yalın görüşüne nadiren ve şüphesiz daha az romantik biçimde rastlanmaktadır. Uygulanan, genellikle çoğunlukçu demokrasi- nin daha yumuşatılmış bir biçimidir. İngilizce, Almanca, İspanyolca ve diğer dillerde ki anlamları ne olursa olsun, bu rejim günümüzde isteyebileceğimiz en demokratik rejimdir.

Sorun bu rejimin kendisi üzerinde karar verememesidir. Tarih, siyasi kültür, sosyal ve siyasi etkenlerin durumu parlamenter rejimin bozulmasına neden olmaktadır. Yani bu etkenler parlamenter rejimin güçsüzlüğüne ve onun varolma nedeni olan demokratik niteliğinin kaybolmasına yol açmaktadır ve 3. ve 4. Fransız Cumhuriyetlerinin sapmaları bunu yeterince ispatlamaktadır. İtalya bu durumdan şu an kurtulmak için boşuna çabalamakta ve bu durum bize bu rejimin genellikle kendi kendini yenileyemeceğini göstermektedir.

Başkanlık rejimi, genel kanaate göre , büyük riskler getirmesi sebebiyle, bu tebliğinde konusu olan yarı başkanlık rejimi esas almaktadır.

Bu rejim , en azından geçici olarak, Parlâmenter rejimin "ideal" yapısını kaybetmeden, hükümet sistemi iyi olmayan ülkelere sunulacak bir çözüm müdür? Ama bu sorunun cevabını vermeyi denemeden önce bu rejimi kısaca hatırlatalım.

### **YARI BAŞKANLIK REJİMİNİN "GERÇEK NİTELİĞİ"**

İki güncel olay bu düşünceye iyi bir başlangıç oluşturmaktadır.

Birinci olay halen zihnimizde güncelliğini koruyan Sırbistan örneğidir.

Geçen sonbaharda genel seçimle Başkanlarını seçmeye davet edilen Sırp seçmenleri kendi seçimlerinin değiştirildiğini düşündüler ve halk isyan et-i ve ihtilal gerçekleşti. Elbette ki bu olayı açıklayıcı başka etkenler de bu-  
nmaktadır ve genel seçimlerle ilgili benzer başka örnekleri veya hile ka-  
rıştırılmış başkanlık seçimlerini gösterebiliriz. Fakat halk kendi Cumhur-  
başkanını gerçekten seçebileceğini ve bu seçimin ülkesinin geleceğini etki-  
yeceğini sandığı zaman seçimine en azından ilkeler yönünden riayet  
edilmesini istemektedir. (Fildişi Sahili'nin daha güncel örneği bu durumu  
doğrulamaktadır.)

İkinci olay ise geçen sonbaharda Türkiye'de gerçekleşti. Bu olay, bir başka  
açıdan, ilk düşünceyi doğrulamaktadır. Yeni Devlet Başkanı genel seçimle  
seçilmemesi sebebiyle çoğunluk tarafından etkili olmayacağı düşünülme-  
kti. Fakat Anayasa, Cumhurbaşkanına önemli yetkiler vermektedir.  
Cumhurbaşkanı hukuk ve ilkelere dayanarak Hükümetin almış olduğu  
bazı kararlara karşı gelip kendine verilmiş yetkileri kullanmaya karar  
vermiştir. Bu, politikacıların tepkisine neden oldu, ama yapılan anket ça-  
lışmaları sonucunda kamuoyunun Ordudan bile önce Cumhurbaşkanına  
güvendiğini göstermiştir. Bu bir ilkti!

Kendine ait önemli yetkilere sahip olan Devlet Başkanının doğrudan halk  
oyu ile seçilmesi (bu da yarı başkanlık rejimini karakterize eden ilk ni-  
teliğidir) ve burada gösterilen örnekler bunların yalnızca biçimsel bir kri-  
ter olmadığını göstermekte.

Bildiğimiz gibi bu tip rejimin tarifi aynı önemi taşıyan ikinci bir unsurla  
tamamlanır. Bu da Meclisin karşısında sorumlu olan bir hükümetin varlı-  
ğıdır. Bu ikili, bir tarafta doğrudan halk tarafından seçilen Cumhurbaş-  
kanı ve diğer tarafta Meclis'in güveni altında yasallığını sağlayan ve hal-  
kı temsil eden bir Başbakanın birlikte var olması yarı başkanlık rejimi-  
ni karakterize eder. Bu tip bir rejimin tüm sorunu Cumhurbaşkanı ile  
Başbakan arasındaki ilişkiden ibarettir veya başka bir deyişle Cumhur-  
başkanın yetkilerinin niteliğinden ve kapsamından ibarettir. Bu sorun ge-  
nelde Fransız doktrini tarafından gizlenmektedir. Bu Fransız doktrini ya-  
rı başkanlık rejimi teorisinin "Babası" olan Maurice Duverger'in etkisi al-  
tında bu tip bir rejimin siyasi pratiğine, hukuk niteliğinin aleyhine ayrı-  
calık tanımakta ve Fransız örneğine özellikle dayanmaktadır. Ama bence

5. Fransız Cumhuriyeti bu tip bir rejime uygun gösterilmiş olsa da, uygulamada iyi ve kötü tarafları olması rejimin deforme olmasına yol açmakta ve ayrıca kendi türünde tamamen tek olup genel düşünceye bir temel oluşturmamaktadır.

Cumhurbaşkanının bu yetkilerinin niteliğini Başkanlık veya Parlamenter rejimlerde bulunan türdeşlerinden ayırmak için gerçekten nasıl çözümlenebiliriz.?

Öncelikle yönetmediğini hatırlatarak: yürütme yetkisi hükümete aittir. Fransız Anayasası'nın belirttiği gibi Hükümet de bu yetkiyi Başbakanın yönetimi altında kullanmaktadır. Bu, Meclisin denetimi ve güvencesi altında "Ulusun siyasetini belirler ve yürütür." Cumhurbaşkanı başka tür bir yetkiye sahip, bu yetkiye de Georges Burdeau ve Jean-Louis Quermonne'dan sonra "Hükümetin yetkisi" olarak adlandırabiliriz. Cumhurbaşkanı'nın görevi Hükümetin yüksek menfaatleriyle ilgilidir ve bu sıfatla bir "bekçidir", Anayasanın ve Ulusun yüksek değerlerinin koruyucusu kamu gücünün düzenli işlevini ve Hükümetin devamlılığını sağlamakla yükümlü olan bir "hakem" ve ülkenin temel menfaatlerinin, bağımsızlığı ile toprağının bütünlüğünün ve de Uluslararası taahhütlerinin riayetinin "kefilidir". Burada Fransız Anayasası'nın 5. Maddesinde Cumhurbaşkanı'nın görevinin tarifini buluyoruz, ama Portekiz Anayasası biraz daha farklı bir formül sunmakta (120.madde)ve Devlet Başkanına verilen farklı yetkiler bir arada düşünülecek olursa, gerçekte yarı başkanlık rejimlerin çoğunluğunda benzer bir yaklaşımın varlığı görülebilir.

Burada, Cumhurbaşkanı'nın politik yaşamın akışına müdahale etmesi sonucunu doğuran önemli bir görev söz konusudur. Hükümeti kendisi seçip azledebileceği gibi hükümete ülkenin savunması için veya uluslararası ilişkilerde takip edilecek olan politikalarda yön göstermektedir. Meclisin de kararlarına Anayasaya aykırılığı nedeniyle veya daha başka nedenlerle itiraz edilmekte ve bu Meclisi gerektiğinde feshedebilmektedir. Bu görev de ülkenin temel menfaatlerine tehdit oluşturduğu ve hükümetin veya rejimin istikrarı söz konusu olduğu zaman ona bazı önemli hallerde müdahale etme hakkı tanıyabilmektedir. Elbette Devlet Başkanının müdahalesi olağan değildir, şöyle ki her şey yolunda gittiğinde bir şey yapması gerekmez. Ama harekete geçtiği durumda önemli olabilecek bir sorun anla-

mına gelmektedir ki o zaman da kendisini kabul ettirmesi için gereken tüm güç ve yasallığa sahip olmalıdır. Bu nedenle halk tarafından doğrudan seçilmesi yararlı olmaktadır böylece, bu tür bir seçim Ona siyasiler ve siyasi partilerle arasında ki zorunlu bir uzaklığı sağlar. Sonuç olarak, bana öyle görünüyor ki bu düzeyde, Devlet Başkanına, misyonuna ve siyasal dengedeki konumuna özgü bir anlayışla, en azından kuramsal bir bakış açısıyla yarı başkanlık rejimi belirtilmektedir. Ancak uygulamada böyle midir?

### GERÇEKTE YARI BAŞKANLIK REJİMİ VAR MIDIR?

Bir çok ülke bu tür bir rejimi seçti. Genelde örnek gösterdiğimiz 6 ülkeye (Finlandiya, İrlanda, İzlanda, Avusturya, Fransa, Portekiz, bunlara Weimar'ın Alman Cumhuriyeti'nin tarihsel örneğini de eklemek gerek), Avrupa içinde kalmak koşuluyla, Orta ve Doğu Avrupa'da ki pek çok yeni demokrasiler eklendi, böylece yarı başkanlık rejiminin Avrupa Cumhuriyetlerinde hâkim olan rejim olduğunu savunabiliriz. Bence artık bu rejimle ilgilenmemizde fayda var!

Fakat hâkim olan Fransız doktrini farklı bir görüşte, ona göre yarı başkanlık Anayasası olan siyasi rejimlerin hiçbir benzeşikliği ve özelliği yoktur. Fransa hariç, hepsi ya gerçek parlamenter rejimdir (İrlanda, İzlanda Avusturya) ya da bu kategoriye benzetilebilen rejimlerdir. Yani bu öğretiye göre yarı başkanlık rejimi olan bir "Model" veya bir kategori mevcut olmamakta ve sadece Fransa siyasi rejimi diğer rejimlerden farklı olduğundan dolayı ilgilenilmeye değerdir.

Ama bu bütünüyle kendine özgü bir rejimdir. Şüpheciler bunun istikrarsız bir rejim olduğunu savunmaktadırlar ve bu rejim Devlet Başkanına kendi yanında olan parlamenter çoğunluğa dayandığı zaman aşırı güçlü yetkiler vermektedir ve bu durumda çoğunlukçu başkanlık sisteminden söz edilmektedir. Buna karşılık parlamenter çoğunluk bugün ki gibi onun aleyhine ise, Başbakan tarafında yönetilen gerçek bir parlamenter hükümeti bulunmaktadır. O zaman da muhalefetin gerçek başkanı olan Cumhurbaşkanı, kendisine verilmiş azaltılmış ama yine de önemli olan yetkilerini, çoğunluğun başkanı olan Başbakanın hareketini engellemek için kullanmaktadır. Devletin başında olan bu ikilinin arasındaki çatışma başkanlık seçimi yaklaştığında daha çok artacaktır, bugün gördüğümüz gibi

seçmenlerin karşısında çatışacaklardır. Analiz edenlere gelince, onlar karmaşık işleyişi anlatabilmek için derin incelemelere başvurmuşlardır (Galatasaray Üniversitesi'nde yeni yapılan konferansta da sözü edilen eserde buna birkaç örnek gösterilebilir.) Bu rejimin hükümet istikrarı ve hükümetin gücüyle Fransa'yı donatmayı başarmış çekici bir siyasi rejim olduğu doğrudur ve gerçekten çok demokratik bir rejimdir. Çünkü en sonunda kime yetkiyi vereceğine halk karar vermektedir. Aynı zamanda halk seçtiği Cumhurbaşkanı'na verdiği yetkinin önemini parlamentodaki çoğunluğu onun lehine oluşturarak veya oluşturmayarak farklılık getirebilir. Bu sıfatla bu rejim model olarak kullanılabilir. Fakat şu bilinmeli ki bu rejim içinde doğduğu siyasi durumun ürünüdür. Ama artık yukarıda anlatmaya çalıştığımız yarı başkanlık rejimi değildir. Çünkü "normal anlamda" Cumhurbaşkanı "Hükümet erkini" ve yürütme erkini yönetimini yapmaktadır. Burada savunmak istediğimiz şudur: Yarı başkanlık rejimi sadece hukuki kategori olarak değil de özel hükümet biçimi olarak da mevcuttur ve daha sonra yeni çözümler arayışında olan ülkeler için de reform modeli oluşturabilecektir. Belki de bu iddiayı ortaya atmak henüz erken olabilir.

Çünkü bu tür örneklerin sayısı daha sınırlıdır, zira siyasi güçler ve rejimlerin daha tam olarak oturmadığı Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerini (Polonya, Romanya, Bulgaristan, yakın zamanda Sırbistan) anlamak için çok erken. Fakat Portekiz, Finlandiya ve Weimar'ın Almanya'sı ve tâbi ki kohabitasyon Fransa gibi ülkelerin incelenmesi yarı başkanlık hükümet modelinin özellikleri ve neden olması gereken özel nitelikleri üzerine belli sayıda incelemelere izin verebilmektedir.(Yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı ve yarı başkanlık rejimin teorisyenlerinin kaşlarını çatmaları riski sebebiyle Fransız rejimi "gelenekçi" uygulamasında, eklemek uygun değildir yada bu sadece çok özel varyant olarak eklenebilir.

Peki yarı başkanlık rejiminin nitelikleri nelerdir? Veya hangileri olabilir? Bilgilerimize göre belirtilen bu konuda çok az araştırma yapılmış ve açıklamalarımız detaylı bir incelemeden daha çok genel bir düşüncedir. Gerçekten yukarıda anlatılan bu nitelikler, rejimin doğal karakteristiklerinden gelmektedir. Birinci nitelik yarı başkanlık modelinin getirebileceği gelişmenin ve demokrasinin koşullarından biri olan istikrardır. Elbette siyasi "karışım" altında seçilen ve hükümetin yüksek menfaatlerine bakan bir Cumhurbaşkanı'nın varlığı hükümetin istikrarını sağlamak için kuvvetli

bir unsurdur. 5.Cumhuriyetin kuruluşu zamanında Fransa'nın düştüğü ve 4.Cumhuriyeti deviren bağımsızlık savaşlarının yarattığı büyük kargaşalar bunların başlıca örneklerindedir. Hükümetin istikrarı, biliyoruz ki başka nedenlere dayanmakta, ama orada da Fransız ve Portekiz tecrübeleri, istikrarsızlığının yaşadığı çoğunluk demokrasilerinin ilerleyen yerleşimini belirtmektedir (4.Fransız Cumhuriyeti ve Portekiz demokrasinin başlangıcı.) Başkanlık seçimi siyasi güçlerin biçimlenmesine ve istikrarın koşullarından biri olan doğrudan demokratikleşmenin meydana gelmesine de katkıda bulunmaktadır.

İkinci nitelik, Cumhurbaşkanı'nın görevleri arasında bulunan "kefil olma"ve "son başvurma" rolünün sonucu olan güvenlikten kaynaklanmaktadır. Burada hatırlatabiliriz ki 1940 tarihindeki "çökmenin"ve onu takiben ülkenin temel menfaatleriyle ilgilenen bütün makamların kayboluşu General de GAULLE'a, Fransa için yeni bir rejim sunmaya iten unsurlardan biri olmuştur. Soğuk savaşta korkunç komşusunun acımasız baskılarına, Kekkoken Cumhurbaşkanı'nın ısrarı sayesinde dayana bilen Finlandiya ve Weimar Cumhuriyeti'nin sıkıntılı başlangıçları bu açıdan dikkatle incelenmelidir. Nihayet ve bu belki önceki açıklamanın sonucu olabilir, yarı başkanlık rejimi demokratik rejimine geçişini ve intikalini kolaylaştırma niteliği taşıdığı gibi görünmektedir. Portekiz bunu bize gösterdi. Fakat burada Orta ve Doğu Avrupa'da yapılan ve seçilen hükümet biçimlerine göre demokratik geçişin koşulları üzerinde duran mukayeseli bir inceleme ilginç sonuçlar getirebilir. Çünkü belki bu tip bir rejimin derin bir niteliği olabilir. Bahsedilen rejim kendi özelliğini kaybedip, Parlamenter rejim yığını içine girse de mevcut olmayan veya düzgün işlemeyen demokrasinin, Fransa'nın yaptığı gibi, daha orijinal bir biçime sokulmadıkça tatmin edici demokrasiye geçişini müsaade etmektedir.

Sonuç olarak bu özetimiz inandırıcı olduysa, "harekete geçmeye" gerek var. Anayasa çalışmasının detayına girmek ve en uygun yarı başkanlık rejimini sağlamak için, bu konunun içeriğini incelemek...Fakat anayasal kişiliği olan alçak gönüllü kalmalı, çünkü burada Anayasa metnine renklerini veren olaylar, genel durum, güçlerin ilişkisi ve aktörlerin kişiliğidir.

Çeviren : Belgin BULUT

Efendim, biz de Sayın Bockel'e teşekkür ediyoruz.

Sayın Bockel, Fransız sistemini bize sundular; özet olarak, Fransa'da 4. Cumhuriyetin istikrarsız dönemlerinden sonra, 5. Cumhuriyetin istikrar getirdiğini, sisteme güvenlik getirdiğini, devamlılık unsuru olduğunu söylediler. Yalnız, bu noktada böyle bir Cumhurbaşkanı'nın kontrol edilebilirlik sorunundan bahsettiler. Tabii yarı başkanlık sistemi de demokratik bir sistem, kuşkusuz demokrasi olmayan ülkelerde demokrasi sağlayabilir - tersi de olabilirse de- ya da demokrasiyi daha da güçlendirebilir. Ancak, Fransa'da tabii parti sisteminin yarattığı ikili bloklaşma Türkiye'de nasıl olur? Biraz da De Gaulle'ün kişiliğiyle 58 sonrası ortaya çıkmış, daha sonra sağ ve sol bloka dönüşmüş bir yarışla Fransa'da, -işte kendisinin de sözünü ettiği- Türkiye'deki sürpriz bir başkan söz konusu olamıyor. O halde Türkiye'de yarı başkanlığı, bu sürpriz başkan önleyecek bir formül bulmak lazım.

İkincisi, birlikte yaşarlık; Fransız modelini vermemiz, bundan dolayı. Yarı başkanlık sistemi tabii ki başka ülkelerde de var: öteden beri Avusturya, İrlanda, İzlanda, Finlandiya'da var, ama burada seçimle gelen cumhurbaşkanları pasif kaldı, sistem yıllardır parlamenter sistem gibi işliyor. Bunun yanında, yeni demokrasiye geçen Doğu ve Orta Avrupa ülkelerinde var. Bunlardan Polonya, Romanya, Bulgaristan, nispeten büyük model teşkil edebilecek; ama sistem bunlarda çok yeni olduğu için test yapabileme imkân yok. Fransa dışında, bir Portekiz var, 1876 Anayasası. Portekiz de bunda bazı değişiklikler yaparak, aşağı yukarı Fransız sistemine benzer bir modeli işletmeye çalışıyor.

Tabii burada klinik örnek, Fransız modeli. Özellikle bu ikili gruplaşma, sağ ve sol blok, Fransa'da bana göre sistemi yaşatan faktörlerden birisi, sürpriz Cumhurbaşkanı önleyen faktörlerden birisi. Ancak, Fransa iki kez bu sağ ve sol blok zıtlaşmasının birlikte yaşarlığını test etti. Mitlerand, kendisi başkanken, sağ blokun hükümetiyle, parlamentoyla çalışma esnekliği gösterebildi, geri çekildi. Aynı şekilde Chirac, şimdi sol blok çoğunlukla, hükümetle çalışma esnekliğini gösterebiliyor. Bizde acaba bu es-



neklük gösterilebilir mi? Kendileri, siyasal kültürün öneminden söz etti. Demokrasi birikimi, Cumhurbaşkanının kişilikleri, tabii ki sistemi etkileyen faktörler. İşte bu istikrar, güvenlik, devamlılık unsuru sağlayabilmek için, bu birlikte yaşarlığı yapabilmek lazım. Türkiye’de Cumhurbaşkanı farklı gruptan, parlamento ve hükümet farklı gruptan olduğu zaman, acaba birlikte yaşayabilir miyiz? O durumda Cumhurbaşkanı geri çekilip, parlamento çoğunluğuna programı uygulama imkânı sağlar mı? Bunu yapabilmemiz gerekir. Bir de her ikisi de aynı çoğunlukta olduğu zaman, Cumhurbaşkanını nasıl kontrol edebiliriz? Bu da düşünülmesi gereken, çözülmesi gereken, bunun Fransa için bile zor olduğunu kendisi de söyledi zaten, Türkiye için bu zorluk daha da açıktır.

Şimdi zannediyorum konuşmalar bittikten sonra, bu konuda dinleyicilerden de soruları olanlar olacaktır; ben uzatmak istemiyorum. Şimdi Türkiye ile ilgili dünyadaki değerlendirmelerini de yapacaktır; Sayın Prof. Dr. Süheyl Batum’a söz veriyorum. Süheyl Batum, her ne kadar Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ise de aslında çoğunlukla İstanbul Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesidir, biraz Galatasaraylıdır. Kendisi popüler olduğu için, paylaşamıyorlar.

Buyurun Süheyl Bey.

## **Prof. Dr. Süheyl Batum**

**Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

## **SİYASAL REJİMLER VE TÜRKİYEDEKİ ARAYIŞLAR**

Son dönemde Cumhurbaşkanının seçimini ve görev süresine ilişkin olarak 5+5 formülünün tekrardan gündeme gelmesi, bir süre için sona erdiğini düşündüğümüz büyük tartışmanın; siyasal rejim üzerindeki tartışmanın, gerçekte sona ermediğini ve tekrar gündemin üst sıralarına oturabileceğini göstermektedir.

Türkiye’de, siyasal rejim üzerindeki tartışmalar Cumhuriyetten beri, özellikle de çok partili düzene geçtiğimiz dönemden beri süre gelmektedir.

Bu tartışmaların günümüze kadar eskimeden, vazgeçilmeden devam etmiş olmasının nedenleri ne olabilir diye düşündüğümüzde, şu olguyu değerlendirmeye almak mümkündür. Türkiye yıllardan beri ne toplum-devlet arasındaki, ne yurttaş-devlet arasındaki, hatta ne de bunların kendi arasındaki ilişkileri, tutarlı bir temele ve işleyişe bağlayabilmiştir. Ve bunun sıkıntılarını, gerek toplumsal, gerek hukuksal boyutta yaşamaktadır.

Çok partili öncesinde var olan, çok partili düzene geçtikten sonra da tüm Anayasalarımız döneminde devam eden, temel kavramlar üzerindeki uzlaşma zorluğumuz, "Anayasa, hukuk düzeni, temel hak ve özgürlükler düzeni, siyasal sistem, parlamentolar ve temsil anlayışı üzerindeki" bitmek tükenmek bilmez tartışmalarımız, bu sıkıntının bir göstergesi durumundadır.

Türkiye'nin gündeminden hiç eksilmeyen bu siyasal rejim tartışmaları, aynı zamanda, yeni siyasal rejim arayışlarını da beraberinde getirmektedir.

Özellikle Cuhurbaşkanının siyasal sistem içindeki rolünün sorgulanması, rejimin temel taşı olarak yeniden kurgulanması ve buna bağlı olarak yetkilendirilmesi hususu, 1980 öncesinde yeni Anayasa modellerinin en önemli noktalarından birini oluşturmuştur. Bu dönemde gündeme getirilen Anayasa taslaklarının aşağı yukarı tümünde, siyasal krizlerin "güçlü ve yetkili bir Cumhurbaşkanı" aracılığı ile çözülmesi düşüncesi egemendir. Daha sonraları 1990' yıllarla birlikte Cumhurbaşkanı'nın siyasal sistem içindeki rolünü arttıran başkanlık ve Yarı Başkanlık rejimleri, siyasal rejim tartışmalarının ve arayışlarının başlıca "leitmotiv"i olarak gündeme gelmektedir.

### **Genel bir Sorun; Uygun Siyasal Rejim Arayışı**

Yeni siyasal sistem arayışları, sadece Türkiye ile sınırlı kalsaydı, bu sorunu "özel sorunumuz", "Türkiye'ye özgü bir sorun" olarak değerlendirmek mümkün olabilirdi. Oysa bu tür arayışlar, siyasal sistemin temel aktörleri olarak siyasal partilerin ve onların "etat majorlarının" (lider kadrolarının), siyasal rejimin işleyişi üzerinde tamamen egemen olduğu IV. Cumhuriyet Fransa'sının temel gündemini oluşturmuştur. Ve bu arayışlar, De Gaulle'ün babalığını, M. Duverger'in isim babalığını yaptığı "Yarı Başkan-

lık Sistemi” ve onun hukuksal çerçevesini oluşturan 1958 Anayasası ile sonuçlanmıştır. Bu anayasal metin üzerinde, 1962'de yapılan ve aynı zamanda siyasal rejimin niteliğini etkileyen “Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesine” ilişkin değişiklik tartışmanın esas konusunu oluşturan yeni rejimin ana unsurunu oluşturmuştur.

Aynı şekilde, seçim sisteminin ve partiler sisteminin etkileri ile de biçimlenen ve hükümler istikrarsızlıkları ile, siyasal krizlerle yaşayan, “yönetilmeyen demokrasi” kavramı ile tanımlanabilen İtalya gibi bir ülkede de, siyasal rejim türü ve siyasal kuruların düzenlenişi, uzun yıllar siyasal gündemin en başlarında yer tutmuştur.

İtalya'da tartışma sadece belli bir dönemle sınırlı kalmamıştır. 1990'lı yıllarda “temiz eller” dalgası ile bir siyasal temizlik hareketi başlatılmış, siyasal partiler düzeni yerle bir olmuştur. Partiler sistemini de etkilemesi için, seçim sistemi köklü bir biçimde değiştirilmiştir. Ancak siyasal rejim arayışları, tüm bu gelişmelerden sonra da devam etmiş, “Devlet başkanının doğrudan halkoyu ile seçilmesini öngören bir rejimin istenmesi ve anayasallaştırılması yönündeki arayışlar ve öneriler ile yeni bir boyut kazanmıştır.

Yunanistan, Portekiz gibi diktatörlük sonrası demokratik sistemi sadece kurallarla değil siyasal partiler sisteminin değişmesi, siyasal alışkanlıklar ve davranışların yeniden kurgulanması anlayışı üzerine oturtmak isteyen ülkeler de Cumhurbaşkanının sistem içindeki konumunu güçlendiren, onu rejimin temel ve kilit unsuru haline sokan anayasal kurgular oluşturmaktadır. Nitekim 1975 Yunanistan ve 1976 Portekiz Anayasaları bu arayışların bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

Siyasal rejim arayışları sadece bu örneklerle de sınırlı kalmamıştır. Özellikle 1990'lı yıllarda, Sovyetler Birliği'nin ve sosyalist blokun çöküşü ile, bu arayışlar yeni oluşan ya da yeni esaslara göre kurulan tüm devletlerin ortak sorunu haline dönüşmüştür.

Nitekim, bu dönemde ortaya çıkan, bağımsızlığını kazanan ve liberal demokratik hukuk devleti ilkelerine göre yeniden biçimlenmeye yönelen bir çok ülkede, siyasal rejimin ne olacağı sorusu önem kazanmıştır. Eski düzenden yeni düzene (hem siyasal, hem ekonomik, hem sosyal alanda) ge-

çerken, hangi siyasal kurumların ve modellerin bu değişikliklere yön verebileceği tartışmaları, gerçekleştirilen anayasal modelleri de etkilemiştir.

Diğer bir söyleyiş ile, siyasal üzerindeki tartışma ve arayışlar belirli ülkelerin sorunsal olmaktan çıkarak, genelleşmiştir, ortak bir sorunsal duruma dönüşmüştür.

Bulgaristan, Macaristan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Polonya gibi birçok Orta Avrupa ülkesinin ve Letonya, Litvanya gibi Baltık ülkelerinin, hemen 1990'lı yılların başlarında kabul ettikleri anayasalarda öngörülen siyasal rejim modelleri, bu arayışların bir sonucu olup, bu alandaki tartışmalara bir ışık tutabilecek niteliktedir.

## **Türkiye'de Parlamenter Rejim Olgusu ve Patolojik İşleyişi**

### **1. Klasik Parlamenter Rejim Eğilimi**

1990'lı yıllarda Avrupa'da genelleyen bu siyasal rejim arayışları Türkiye'de sürekli olarak gündemdedir. Bazen listede alt sıralara düşer, bazen en üst sırayı alır, ama sürekli olarak gündemde kalmaya devam eder.

Neden? Bu arayış Türkiye'de çözümü olmayan bir kriz olarak, neden sürekli gündemde kalıyor?

Türkiye, her şeyden önce, anayasalı bir düzene geçtiği 1876 yılından bu yana, belli istisnalar dışında, siyasal rejim türü olarak, klasik rejimler tiplemesinde yer alan "Parlamenter rejimi" uygulamıştır.

1876 Anayasası ile getirilen model, Devletin başında yer alan, "egemenliğe sahip" olan padişah ve onun geniş anayasal etkileri (Bakanların siyasal sorumluluğunun meclise değil, sadece padişaha karşı olması) nedeniyle, bir parlamenter rejim sayılamasa da, onun değişiklikleri ile ortaya çıkan 1909 Anayasası, "Parlamenter rejim" modelini çizmektedir.

1921 Anayasası'ndaki meclis hükümeti sistemi uygulanmasından sonra 1924 Anayasası, meclis hükümeti sistemi ile, Parlamenter rejim arası karma bir modele temel oluşturmuştur.

Ve özellikle çok partili bir dönemle birlikte, tüm anayasalar (1924-1961-1982) "Parlamenter rejim modelini" öngörmüştür.

1982 Anayasası ile getirilen model, uzun süre kamuoyunda ve siyasal çevrelerde “Yarı-Başkanlık Sistemi”, “Başkanlı Parlamenter rejim” olarak adlandırılmış olsa da, klasik bir Parlamenter rejim modelinden uzak değildir.

Esasen, 1982 Anayasası'nın yapılması sırasında, siyasal iktidarı elinde bulunduraların amaçları, güçlü ve yetkili bir cumhurbaşkanının çevresinde biçimlenen bir siyasal rejim oluşturmaktır.

Ancak, Anayasanın nihai metninde yer alan kurumlar, yetkiler ve ilişkiler ağı, söylendiği gibi, kendi “iktidar alanına sahip bir yürütme organının” liderliğinde bir “Yarı-Başkanlık Sistemi” ya da bir “Amerikan modeli” oluşturmaktan çok uzak kalmıştır.

Cumhurbaşkanının meclis tarafından seçimine ilişkin düzenleme (Madde 102) cumhurbaşkanının, her ne kadar psikolojik olarak bir Cumhurbaşkanı görünümünü doğuracak biçimde, uzun bir liste halinde sayılmışsa da, yetkilerine ilişkin 104. madde ve ilgili diğer düzenlemeler, parlamenter rejim türünden farklı bir rejim oluşturmak için yeterli olmamıştır. Nitekim 1958 Anayasası'nın Fransız Cumhurbaşkanı'na sağladığı doğrudan seçimle gelmenin getirdiği demokratik meşruiyet olgusu yanı sıra, Fransız Anayasası'nın 8-9-10-11-12 ve 16 maddelerinin verdiği “Cumhurbaşkanının iktidar araçlarını” oluşturan hukuksal yetkiler, 1982 Anayasası'nın 104. maddesi ile de Türkiye'de Cumhurbaşkanı'na tanınmamaktadır.

Bu anayasal düzenlemelerin yanı sıra, 1982 sonrası uygulanan seçim sistemleri ve bunun sonucunda (ve etkisi altında) yeniden şekillenen partiler sistemi, siyasal rejimin genel olarak, Parlamenter rejimden farklılaşmasına olanak tanımamıştır.

Özellikle 1989 sonrası döneminde (Turgut Özal'ın Cumhurbaşkanlığı dönemi), bir süre için Cumhurbaşkanı'nın çok yetkili ve güçlü bir konuma gelmiş olması, anayasal, hukuksal bir durum değildir. Tam tersine “hukuk dışı, siyasal hatta arzi bir durum” olarak değerlendirilebilir. Bu konum ise, Cumhurbaşkanı seçilen kişinin, iktidarda bulunan partinin lideri olmasından, Türkiye'deki parti liderliği olgusundan, diğer bir söyleşyle, var olan partiler sisteminden kaynaklanmıştır.

Nitekim 1991'de yapılan seçimler sonrası, özellikle cumhurbaşkanı tarafından, "Başkanlık ya da Yarı-Başkanlık Rejimine" geçiş yönünde tezler ortaya atılmış olması tesadüfi değildir.

Bu tartışmaların, arayışların temelinde de bu gerçek yatmaktadır; "Parlamento'da farklı çoğunluğun var olması durumunda, "güçlü ve yetkili bir cumhurbaşkanı" yönündeki beklentiler, var olan hukuksal düzenlemelerle uyuşmamaktadır. Ve Cumhurbaşkanı, 1982 Anayasası'nın kendine tanıdığı anayasal yetkilerle (Madde 104), iktidardaki partinin ya da partiler blokunun temel tercihlerinden farklı bir siyaset oluşturma gücüne sahip olamamaktadır.

## 2. Parlamenter Rejimin Fizyonomisi

Görüldüğü üzere, Türkiye'de, ilk yazılı Anayasanın ortaya çıkmasından yana, kısa istisna dönemleri dışında ve çok partili düzene geçişi sağladuktan sonra da, sürekli olarak uygulanan siyasi rejim türü, parlamenter rejim olmuştur.

Tüm siyasi rejimlerde, onları tanımlayan bir özellik olduğu gibi, parlamenter rejimin de belirleyici özelliği olan, "hükümetin yasama organının güvenine sahip olması ve bu nedenle yasama çoğunluğunun önünde sorumlu olması ilkesi" Türkiye'de uygulanan siyasi rejimlerin de temel niteliğidir.

Hükümetin parlamentoda beliren çoğunluğun iradesine bağımlı olması olgusu, rejimin işleyişini, siyasi partilerin işleyişini, diğer bir söyleyişle "partiler sistemine" sıkı sıkıya bağlamaktadır; mecliste beliren parti (ya da partiler) çoğunluğu, hükümetin arkasında olduğu takdirde, sistem rahatlıkla işlemekte, tersi bir sonuç olması yani mecliste güçlü bir çoğunluğun bulunmaması ya da hükümete karşı bir çoğunluğun elinde olması durumunda ise, sistem sıkıntılı, "krizli" bir sistem olarak işlenmektedir.

Bu işleyiş biçimi, Carre de Malberg'in değerlendirmesi ile, Parlamenter sistemin "monist" bir sistem olmasından kaynaklanmaktadır. Rejimin tüm siyasi kurumları tek meşruluk kaynağından; meclis seçimlerinden bu seçimler sonucu oluşan çoğunluktan beslenmektedir. Hükümet ve Başbakan kendi güçlerini, bu çoğunluğa dayanmak suretiyle elde ederler.

Cumhurbaşkanı, genelde bu çoğunluk tarafından seçilir.

Sistemin işleyişindeki kilit unsur, mecliste beliren bu çoğunluk ve onun iradesidir.

**Monist bir işleyiş ve kurumlar ilişkisine dayanan Parlamenter rejimin sağlıklı ve iyi işleyebilmesi ise, bir takım koşulların var olmasına, gerçekleşmesine bağlıdır.**

Herşeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, Parlamenter rejim, işleyişindeki özellikler ve kilit unsurlar nedeniyle, anayasa mühendisliği yolu ile elde edilmesi mümkün olmayan bir rejim türüdür. Sadece anayasal kurallar düzenlemek suretiyle, parlamenter rejimin sağlıklı işleyişini gerçekleştirmek olası değildir.

Parlamenter rejimin, modele uygun işleyişi, mecliste beliren çoğunluk olgusuna, ülkedeki partiler sistemine, geçerli siyasal davranış özelliklerine, kısaca, hukuksal düzenlemeler dışında birçok siyasal, sosyal hatta kültürel faktörün bir arada bulunmasına bağlıdır.

Bu faktörler yeterli olduğu takdirde, parlamenter sistemin kurulduğu ve gerçek anlamda işlediği “İngiliz modeline”, “İngiliz Parlamenterizmine” yaklaşmak mümkündür.

**Bu faktörlören bulunmaması, patoloji durumunda ise, sistem işlememekte, “krizli yönetim anlayışı” Parlamenter rejim uygulamasının yerini almaktadır. IV. Cumhuriyet Fransa'sının da, 1990'lar öncesi İtalya'sının da, Türkiye'nin yaşadığı sorunlarında önemli bir bölümünün nedeni budur. Bu eksikliklerin ise, sadece “rasyonelleştirilmiş Parlamenterizm” (parlamentarisme rationalite) düzenlemeleri ve uygulamaları ile giderilmesi mümkün olmamaktadır.**

Türkiye de olduğu gibi, siyasal sistemin tek merkezli olarak işleyen yapısı (diğer yerel yönetimler, sivil toplum örgütleri gibi iktidarı paylaşan kurumların yokluğu ya da etkisizliği nedeniyle), siyasal partilerin özellikle lider kadroların isteklerine bağlı bir parlamento, parçalanmış bir parti sistemi, partilerin hareket kanallarını tıkayan koyu bir clienteliste ilişkiler zinciri sağlıklı ve kriz-

lerle dolu bir işleyiş ve bu nedenle ülkenin sorunlarına siyasal çözümler getirmedeki yetersizlikler, “parlamentar rejimi” klasik modelinden uzaklaştırmaktadır.

Bunun yanı sıra, yukarıda da belirgin üzere, toplum-devlet arasındaki ilişkileri, yurttaş-devlet arasındaki, hatta bunların kendi içlerindeki ilişkileri, tutarlı bir temele, işleyişe ve hukuka bağlayamamış bir ülke olan Türkiye, bu sıkıntıları fazlasıyla yaşamaktadır. Ve bu nedenle, siyasal rejim arayışları ve tartışmaları da son bulmamaktadır.

Diğer bir söyleyişle, Türkiye’de ilk anayasanın kabulünden itibaren, istisna dönemleri dışında sürekli uygulanan “Parlamentar rejim”, monist yapısı nedeniyle, her zaman için siyasal sorunlarla yaşamamıza neden olmuş, ya da en azından Parlamentar rejimin işleyişini bozan sorunlarla (partiler yapısı, cüentelist ilişkiler, liderler sultanı olarak adlandırılan parti içi demokrasi eksikliği gibi) çözüm getirmekte etken olamamıştır.

Bu nedenle, Türkiye’de parlamentar sistemin dışında bir siyasal sistem aranmaya başlanmış ve yeni siyasal sistem arayışlarında özellikle iki siyasal sistem üzerinde durulmuştur.

**Yeni siyasal sistem arayışlarının kaynağında yer alan iki sistemden bir tanesi, daima ABD’de mükemmel bir biçimde uygulanan “Başkanlık Rejimi” olmaktadır. Nitekim, Türkiye’de de, dönem dönem bu rejim türü ve özellikleri tartışmaya açılmış ve gündemin temel konularından biri durumuna gelmiştir.**

Tartışma ve arayışların diğer gözde konusu ise, Fransa kanalı ile yayılan ve M. Duverger’in deyimi ile “Yarı-Başkanlık Rejimi” olarak adlandırılan rejimdir. Bu rejim türü de, Türkiye’de çok tartışılan ve siyasal alandaki temel sorunlarımıza çözüm getirebileceği ileri sürülen sistem olarak göze çarpmaktadır.

Çok kısaca belirlemek gerekirse bu iki rejim türünde de, temel kurgu devlet içerisinde, yasama ve yürütme organlarının (Başkanlık Sisteminde), ya da yürütme organının içerisinde Cumhurbaşkanı ile Başbakan’ın (Yarı-Başkanlık Sisteminde) ayrılığına, ayrı seçimlerle iş başına gelmelerine, ayrı ve önemli yetkilerine



dayanmaktadır. Dolayısıyla siyasal rejim türleri arasında Başkanlık ya da özellikle Yarı-Başkanlık sistemini kabul eden ülkeler, bu kurguları gerçekleştirmek suretiyle, belirli hedefleri gerçekleştirmek amacına yönelmişlerdir.

Nedir bu hedefler, ya da amaçlar? Ya da Türkiye'de ne olmalıdır?

Bu hedeflerin ya da amaçların belirlenmesi, Türkiye'de siyasal rejimin "Yarı-Başkanlık" yönünde değiştirilmesi ya da değiştirilmemesi yönündeki tercihinin de dayanacağı ana noktaları oluşturacaktır.

Her şeyden önce, uygulandığı ülkelerde; özellikle de siyasal platforma yayıldığı temel ülke olan Fransa'da Yarı-Başkanlık sistemi "partiler sisteminin" yetersizliklerine bir çare olmak amacıyla uygulanmaya başlanmıştır.

Tüm siyasal rejimler, sadece getirdikleri anayasal kurgu ile değil, o ülkede geçerli olan "partiler sistemi", hatta yine geçerli olan "seçim sistemi" bir arada okunduğunda, gerçek anlamını ve işleyişini göstermektedir. Dolayısıyla "partiler sistemi" bir siyasal rejimin anlaşılması mutlaka değerlendirmeye alınması gereken unsurdur.

Bunun yanı sıra "partiler sistemi" ya da partiler sisteminin zaafı, karar alamayan bir siyasal iktidara yol açan bir "partiler sisteminde" kurtulmak için De Gaulle ve Fransız siyasal yaşamı "Yarı-Başkanlık Sistemine" geçmiştir. Bu suretle, partiler iktidarı yanı sıra, güçlü, yetkili ve bu hukuksal yetkilerle kendine özgü bir iktidara sahip olan bir Cumhurbaşkanı etrafında biçimlenen, iki iktidarlı bir siyasal rejim benimsemiştir. Güçlü Cumhurbaşkanlığı kurumu; Fransa'da dağılmış, bölünmüş ve güçsüz partilere dayanan "parti sisteminden", güçlü, iki bloklu bir partiler sistemine geçiş sağlamıştır. Cumhurbaşkanının etrafında toplanan formasyonlarla, ona karşı olan blokun ortaya çıkmasından bu kutuplaşma (polarisation) Fransa'daki parti sisteminin tamamen değişmesi sonucuna yol açmıştır.

Benzeri bir gelişmenin peşindeki bazı ülkeler de - Yunanistan, Portekiz, yukarıda incelenen Doğu Avrupa örnekleri gibi - anayasal kurgularını "Yarı-Başkanlık Sistemine" göre yapmışlardır.

Özellikle seçim sisteminin de değişmesi ile, partiler sisteminin aynı zaafı gösterdiği ülke olan Türkiye'de de güçlü bir Cumhurbaşkanı ve ikili

İktidar anlayışına dayalı Yarı-Başkanlık Sisteminin kabulü, belli bir bloklaşmayı ve dolayısıyla güçlü bir iktidar ve güçlü bir muhalefet ikilemini gerçekleştirebilir mi?

Böyle bir olasılığın varlığı dahi, Yarı-Başkanlık ve güçlü yetkili Cumhurbaşkanı şemasının tartışılmasını haklı, anlaşılır göstermektedir.

Yukarıda belirlendiği üzere, klasik Parlamenter rejim, “monist” bir sistemdir. Diğer bir söyleyişle iktidarı tüm kurumlar; Yasama, Hükümet, hatta Cumhurbaşkanı, yetkilerini tek bir kaynaktan; meclisten, meclis içindeki çoğunluktan, meclisteki çoğunluğu oluşturan parti ya da partiler grubundan almaktadırlar.

Türkiye’de “partiler sistemi” dağınık, bölünmüş, anayasal kurallara karşın kendi içlerinde demokratik olmayan esaslarla, yönetilen, “lider kadrolarının egemenlik ve denetiminde” siyasal partilerden ve bu partilerin kendi aralarındaki ve diğer kurumlarla olan ilişkilerinden kaynaklanmıştır.

Siyasal partiler “liderler ve onların tercihlerine endeksli” kurumlar biçiminde ortaya çıkmaktadır. Partiler sistemi, bu tür partilerin ilişkilerinden kaynaklanmaktadır. Bu partiler sistemi içinde çoğunluğu oluşturan gruplar, hükümet, Cumhurbaşkanı dahil tüm siyasal kurumları oluşturmaktadır.

Dolayısıyla Türkiye’de tüm siyasal yaşam, “liderlerine endeksli” siyasal partiler etrafında bütünleşmektedir. Ve siyasal partiler, siyasal yaşamın meşru anlamda tek aktörleridir.

**Çağdaş demokratik sistemlere baktığımızda, siyasal aktörlerin çokluğunu, “çoğulculuğunu” ve zaten sistemin bu “kurumsal anlamda çoğulculuk” üzerine kurulu olduğunu görürüz. Sivil toplum örgütleri, yerel yönetimler, bu kurumsal çoğulculuğun yarattığı, farklı anı işlevi üstlenen siyasal aktörlerdir.**

**Bu çerçevede, Senato ve ikinci Meclisler olgusu da, Devlet cihazı içinde Kurumsal Çoğulculuğu oluşturmaya, Devlet iradesinin farklı kompozisyondaki kurumlar tarafından demokratik bir anlayış ve çoğulcu bir yapı içinde ifade edilmesini sağlamaya yöne-**

len en önemli ve temel unsurlardan biridir. Türkiye'de de özellikle, ikinci meclisin Anayasada tekrardan yer alması, bu amaç ve kapsam çerçevesinde düşünülebilecektir.

Demokrasi rejimi, devlet iradesinin bu çoğulcu yapının aktörleri tarafından oluşturulmasını, biçimlendirilmesini gerekli kılar. Farklı siyasal aktörler, bu iradenin, siyasal iradenin oluşmasını sağlarlar, etkilerler ve bu farklı aktörler tarafından oluşturulan irade, sonuçta devlet iradesine, siyasal kararlara dönüşmüştür.

Bu sistem bu işleyiş, yukarıda belirtilen nedenlerle, Türkiye'de mümkün olmamaktadır. Çünkü Türkiye'de siyasal yaşamın siyasal aktörleri tetiktir; "Liderlere endeksli parti ve partiler çoğunluğu".

Türkiye'de araya farklı iradelerin, ya da aktörlerin sokulması zorunludur. Sivil toplum örgütleri şu anda bu işlevi üstlenememektedir; yerel yönetimler etkisizdir; senato yoktur zaten varlığı durumunda da "liderlere endeksli parti" olgusu, onu da etkisi altına almaktadır.

Acaba, Cumhurbaşkanına ayrı bir iktidar tanımak, gerektiğinde partiler iktidarına ve iradesine karşılık; "halkı da" sistemin içine dahil etmesini sağlayacak fesih, referanduma gitme gibi yetkileri ona vermek; bunun dışında gerektiğinde partiler iktidarı ile paylaşacağı alanda (dış politika, iç ve dış savunma gibi bazı önemli konularda) onu etkili kılmak, günümüzdeki monist sistemin tek aktörleri yanında daha çoğulcu bir nitelik taşıyacak bir yapının başlangıcını oluşturabilir mi?

En azından "partiler iktidarı" yanı sıra "güçlü bir Cumhurbaşkanının gerektiğinde 'halkı' sistemin içine sokacak yetkileri (fesih ve referandum gibi) biçiminde ortaya çıkan iktidarı" sistemin tek aktörlü, tek boyutlu olarak işlenmesinin bir ölçüde önüne geçebilir mi?

Böyle bir olasılığın varlığı dahi, Yarı-Başkanlık Sisteminin tartışılmasını anlaşılır kılmaktadır.

Bunlar cevaplar değil, görüldüğü üzere sadece sorular!

Ancak önemli olan hedeftir. O da bugünkü Tek Aktörlü, Tek Boyutlu siyasal yaşam yerine demokrasinin gerektirdiği çok boyutlu, çok Aktörlü, karışık iktidarlara bünyesinde yer veren, çoğulcu bir yapının kurulmasıdır.

Süheyl Batum arkadaşımıza teşekkür ediyoruz.

Sayın Batum, Türkiye'deki parlamenter sistemin işlemeyişinde iki temel gerekçe gösterdi ve bunlar, toplumun çoğunluğunca, zannediyorum burada olanların birçoğunca da paylaşılan şeyler, partilerin lider kadrolarının egemenliğinde ve denetiminde olması, meşhur liderlik sultası. İkincisi, partiler dışında sistemi etkileyen çoğulcu bir kurumsal yapının yokluğu; sivil toplum örgütleri, yerel yönetimler... Bu da bizim 82 Anayasasının azizliği. Bu, 95 değişikliklerinde biraz aşıldı.

Ben, şunu sormak istiyorum: Bu iki şeyin olduğu bir ülkede hangi siyasal sistem başarılı olabilir? Yani lider sultası varsa, bu kırılmıyorsa; partiler dışında -Süheyl Batum arkadaşım "monist sistem" dedi- hiçbir güç, -tabii resmi güçleri kastediyorum ben de- çoğulcu kurumsal yapılanma, yerel yönetimler, -örgütlü toplumu kastediyorum- etkileyemiyor ise, bu ülkede yarı başkanlık sistemi nasıl başarılı olur? Sayın Bockel de bunu söyledi; "Fransa da böyle başarılı oluyor" dedi. Ben de demin vurguladım; Fransa'da Cumhurbaşkanı ve meclis çoğunluğu aynı partiden olduğu zaman, onu durduracak sivil toplum örgütleri var, güçlü bir demokrasi bilinci var. Belki parti disiplini orada da var; ama bizim ölçülerde değil, lider sultası ölçülerinde değil, sorun burada zaten. Yani Türkiye'de bu iki şey varsa, bu iki şeyin olduğu yerde zaten başkanlık sistemini saf dışı bıraktı, -arkadaşıma katılıyorum- Amerika'ya özgü bir modeldir. Yarı başkanlık sisteminde bu iki şey çok daha olumsuz sonuçlar doğurur. O halde Türkiye'nin temel sorunu, bunları gidermektir; yani partiler sistemi, seçim sistemleriyle ilgilidir, onu sorgulamak gerekir.

Bir de konuşmamın başında söyledim; Türkiye'de rejim değişikliği istikrar adına isteniyor. Bu istikrar nedir; hükümet istikrarı mıdır, siyasal istikrar mıdır? Hükümet istikrarını sağlamak için de parlamenter sistem içerisinde seçim sistemleriyle oynarsınız, hükümet istikrarını sağlarsınız; 1946-50 arasında olduğu gibi, şahane bir hükümet istikrarı. Peki siyasal istikrar sağlandı mı? Niye 27 Mayıs'a geldik; bu soruyu sormak lazım. O halde, aslolan, siyasal istikrara bağlı hükümet istikrarıdır. Onun arkasında çok

çok geniş toplumsal bir desteğin olduğu, örgütlü bir toplum desteğinin olduğu ve örgütlü toplumun parlamentoya yansıdığı çoğulcu yapılanmadaki bir siyasal istikrardır. 82 Anayasasının bu yönden eksiklerini söyledim. 82 Anayasası çok eleştirilebilir; ama en ehveni şer yönü, kurduğu hükümet sistemidir. Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini tek başına mı, hangilerini kullanacağı konusunda bir belirsizlik vardır. Tamam, bu eleştirilecek yönüdür; ama bakın, 91 seçimlerini saymıyorum, o Doğru Yol Partisi-SHP'ye özel koşullarda bir araya geldi, bir yerde 12 Eylül öncesinin günahını çıkarmaktı. Ama 95 ve 99 seçimleri sonrası, önce Ana-Yol, sonra Refah-Yol, sonra Ana-Sol-D, daha sonra DSP Azınlık Hükümetini kuran bir sistem, daha ne isteniyor? Yani, bu anayasal sistem sağlıyor. Ne sağlıyor; işte anayasadaki fesih yetkisi. Diyor ki, -bu 45 gün de uzundur, düzeltmeler yapılabilir- "45 günde hükümeti kuramazsanız, seçimlere gidilir." Türkiye'de yüzde 21-23 oylarla 95-99 yılları arası hükümetler çıktı. 99 sonrası üç partili hükümetler var; yani sistem hükümet çıkarıyor, sistem istikrar sağlıyor. Sorun nerede? Sorun partilerin istikrarsızlığında, sorun örgütsüz toplumda, sorun çoğulcu yapılanmanın yokluğunda. O zaman birileri resmi ya da gayriresmi yönetimi ele alıyor. Bu bakımdan, benim kanaatimce, sistemden çok, -Süheyl Batum arkadaşım da zaten buna katıldı- meselenin bu yönü üzerinde değerlendirme yapmak gerekir diye düşünüyorum.

Şimdi son olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi Erdal Onar arkadaşımızı dinleyelim. Zannediyorum onun da önerileri olacaktır. Ondandan sonra tekrar birlikte değerlendirme imkânımız olacak.

## TÜRKİYE’NİN BAŞKANLIK VEYA YARI-BAŞKANLIK SİSTEMİNE GEÇMESİ DÜŞÜNÜLMELİ MİDİR ?

Demokrasi, eski Yunancadaki kelime anlamından yola çıkılarak, “halk tarafından yönetim”, “halkın iktidarı” (*demoskratos*) şeklinde tanımlanabilir. Ancak, günümüz devletlerinin nüfuslarının büyüklüğü, halkın sözü edilen yönetimi doğrudan kendisinin üstlenmesini engellemekte ve halk bunu büyük ölçüde belirli bir süre için seçtiği temsilciler eliyle gerçekleştirmektedir. Bu şekilde ortaya çıkan sistem saf bir temsilî demokrasi olabileceği gibi, halkın zaman zaman yönetimle ilgili kararların alınmasına bizzat katıldıkları yarı-doğrudan demokrasi biçiminde de olabilir (1). Bir demokratik sistemde, halkın seçtiği temsilcilerin hangi devlet organını veya organlarını oluşturduklarına bakıldığında, farklı hükümet sistemleriyle karşılaşılmaktadır. Gerçekten, hükümet sistemleri, her durumda bağımsız olması gereken yargı organını dikkate almazsak, devletin geriye kalan iki organı, “yasama” ve “yürütme”nin oluşumları ve birbirleriyle olan ilişkilerine göre belirlenmektedir. Klasik bir ayrıma göre bunlar, *i*- “meclis hükûmeti sistemi”, *ii*- “başkanlık sistemi” ve *iii*- “parlamentar sistem” olarak adlandırılabilir. Bu hükümet sistemlerine, son elli yıl içinde örnekleri giderek artan bir dördüncüsü de eklenebilir: *iv*- “yarı-başkanlık sistemi” (2).

- (1) LJPHART, Arend: *Çağdaş Demokrasiler* (Çevirenler: Ergun Özbudun, Ersin Onulduran), Tarihsiz, Yetkin Yayınları, s.11; TEZİÇ, Erdoğan: *Anayasa Hukuku*, İstanbul 1998, Beta Yayınları, s.217 vd.; KALAYCIOĞLU, Ersin: “Siyasal Rejim Tasarımı ve Demokrasi”, *Siyasal Rejim Tartışmaları*, İstanbul 2000, TESEV Yayınları 15, s.97 vd. (KALAYCIOĞLU’nun aynı eseri, ayrıca *İhtisat Dergisi*, Nisan 1999, Sayı 388, s. 5-20’de de yayımlanmıştır).
- (2) Hükümet sistemleri hakkında, bkz. TURHAN, Mehmet: *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Diyarbakır 1989, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:9; GÖREN, Zafer: *Anayasa Hukukuna Giriş*, İzmir 1997, s.138-148; DEMİR, Fevzi: *Demok-*

Meclis hükûmeti sisteminde yasama yetkisi ve yürütme erki yasama organında toplanmıştır. Ancak, çok sayıda temsilciden oluşan yasama organının yürütme işlevini yerine getirmesindeki imkânsızlık nedeniyle, bu sistemde, üyeleri yasama organı tarafından seçilmiş, kollejiyal nitelikte bir yürütme kurulu da bulunur. Kendine ait bağımsız bir politikası olmayan, yasama organının direktiflerine göre hareket etmek durumundaki bu kurulun üyelerini yasama organı dilediği zaman görevden alabilir. Daha çok siyasal sistemde meşruluk krizi söz konusu olduğunda başvurulmuş bu sistem, günümüzde rağbet görmemektedir (3).

Başkanlık sistemini, hem yürütme organının başı, hem de devlet başkanı olan başkanın, belirli bir süre için halk tarafından seçildiği ve yasama organının başkanı düşüremediği, başkanın da yasama organını feshedemediği bir sistem olarak tanımlayabiliriz (4). Görüldüğü gibi bu sistemde yü-

*rasilerde Hükümet Sistemleri ve Başkanlık Hükümeti Rejimi*; İzmir 1998, Ege Genç İşadamları Derneği Yayını; TEZİÇ (1998): s.393-433; ÇAĞLAR, Bakır: *Anayasa Bili-mi*, İstanbul 1989, BFS Yayınları, s.262-307; ERDOĞAN, Mustafa: *Anayasal Demok-rasi*, 3.Baskı, Ankara 1999, Siyasal Kitabevi Yayını, s.139-156; ATAR, Yavuz: *Demok-rasilerde Anayasal Değişmenin Dinamikleri ve Anayasa Yapımı*, Konya 2000, Mimoza Yayınları, s.208-219.

- (3) 1789 Fransız ihtilâli sonrasında Fransa'da ve Kurtuluş Savaşı döneminde 23 Nisan 1920'de açılan Büyük Millet Meclisi ile birlikte ülkemizde uygulanan bu sisteme, Fransa'daki Konvansiyon Meclisi'nden esinlenerek konvansiyonel sistem de denilmektedir. Bkz. TURHAN (1989): s.24-29; ÖZBUDUN, Ergun: *1921 Anayasası*, Ankara 1992, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Atatürk Araştırma Merkezi Yayını, s.51-74.
- (4) SHUGART, Matthew Soberg-CAREY, John M.: *Presidents and Assemblies, Constitutional Design and Electoral Dynamics*, Cambridge University Press, 1992, s.19; SHUGART, Matthew S.: "Of Presidents and Parliaments", *East European Constitutional Review*, Volume 2, No.1, 1993, s.30; LINZ, Juan: "Parliamentarism and presidentialism", *The Encyclopedia of Democracy*, (ed. Seymour Martin Lipset), Congressional Quarterly Inc., Washington D.C. 1995, s.910-913; GÖNENÇ, Levent: *Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries*, Hollanda'nın Leiden Üniversitesinde kabul edilmiş olup henüz yayımlanmamış doktora tezi, 1998-a, s.209 (Bu eserin genişletilmiş şekli yakında yayımlanacaktır).

Ancak, bazı düşünürler, başkanın yasama organını feshedememesini, başkanlık sisteminin zorunlu bir unsuru olarak görmemekte; bir başka deyişle, halk tarafından seçilen ve yasama organı tarafından düşürülemiyen bir başkanın başkanlık sistemi için yeterli bulmakta ve böyle bir başkanın yasama organını feshetme yetkisine sahip olduğu sistemleri de başkanlık sistemi olarak kabul etmektedirler. Bkz.: ULUŞA-

rütme organı tek başlıdır ve başkanın kabinesinde yer alanlar, onun sadece danışmanı, yardımcısı konumundadırlar. Amerika Birleşik Devletleri'nin eski Başkanlarından Lincoln'ün bakanlarıyla yaptığı bir toplantıda oya sunduğu konuya ilişkin oylama sonucunu "7 hayır, 1 evet. Evetler galiptir" (5) şeklinde açıklaması, yürütme organının *primus solus* niteliğini, bir başka deyişle başkan eksenli oluşunu yeterince vurgulamaktadır (6).

Parlamente sistemine gelince, bu sistemi Epstein, yürütme iktidarının yasa iktidarından kaynaklandığı ve ona karşı sorumlu olduğu anayasal demokrasi tipi olarak tanımlamaktadır (7). Bu tanımdan yola çıkıp, yürütme organının oluşumuna bakarsak, şöyle bir tablo ile karşılaşırız: Parlamente sistemde yürütme organı ikili bir yapılanma göstermektedir (8). Bu yapının birinci kanadını devlet başkanı, ikinci kanadını ise başbakan

---

HİN, Nur: *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Ankara 1999, Yetkin Yayınları, s.37-40; SARTORI, Giovanni: *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*, 1994, Macmillan Press Ltd, s.87 (Bu eserin Türkçe çevirisi için bkz. *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, Çeviren: Ergun Özbudun, Ankara 1997, Yetkin Yayınları, s.116); LIJPHART (Çağdaş Demokrasiler): s.66. Ayrıca bkz. TOSUN, Gülgün Erdoğan-TOSUN, Tanju: *Türkiye'nin Siyasal İstikrar Arayışı, Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri*, İstanbul 1999, Alfa Yayınları, No.563, s.57.

- (5) KUBALI, Hüseyin Nail: *Anayasa Hukuku Dersleri*, İstanbul 1971, s.450.
- (6) Lijphart, önceki bir eserinde, başkanlık sisteminde yürütme yetkisinin tek kişide toplanmasını zorunlu bulmamakta ve kollejiyal bir kurulun halk tarafından seçilmesi halinde bunun da başkanlık sistemi olabileceğini belirtmekte ise de (LIJPHART - Çağdaş Demokrasiler-: s.67); daha sonraki bir çalışmasında yürütme yetkisinin tek kişide toplanmasını, başkanlık sisteminin temel bir unsuru olarak görmektedir (LIJPHART, Arend: "Introduction", *Parliamentary versus Presidential Government*, (ed. Arend Lijphart), Oxford University Press, 1992, s.3. Bu konuda ayrıca bkz. SARTORI (1994): s.84-85, Türkçe çevirisi (1997): s.114-115; ULUŞAHİN (1999): s.41-51; GÖNENÇ (1998 -a-): s.209-210.
- (7) EPSTEIN, Leon D.: "Parliamentary Government", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, (ed. David L. Sills), The Macmillan Company and The Free Press, Volume 11, 1968, s.419-425.
- (8) Lijphart, ikili bir yürütme organını parlamente sistemin zorunlu bir niteliği olarak görmemekte ve parlamento tarafından seçilecek bir başkanın hem hükümetin, hem devletin başkanı olabileceğini söylemektedir. Ne var ki, yine Lijphart'ın işaret ettiği gibi, Federal Almanya ve Avusturya'daki bazı eyaletler (Länder) hariç tutulursa, bilinen bütün parlamente sistem örneklerinde ikili bir yürütme organı bulunmaktadır (LIJPHART - Çağdaş Demokrasiler-: s.66-67).



ve bakanlardan meydana gelen bakanlar kurulu (=hükümet) oluşturmaktadır. Rejim monarşik bir nitelikte ise, bir başka deyişle devlet başkanı seçimle değil de, soy esasına göre belirleniyorsa, bu belirlemede yasama organının bir rolü olamaz. Ancak, söz konusu olan bir cumhuriyetse, cumhurbaşkanını seçen ya sadece parlamentodur, ya da parlamentonun da içinde yer aldığı bir seçiciler kuruludur (9). İkinci kanada gelince, bu kanat parlamentodan kaynaklanmaktadır. Gerçekten, ya İngiliz (Westminster) örneğinde olduğu gibi, devlet başkanının görevlendirdiği bir parlamenter (başbakan) hükümeti kurmakta ve yeni kurulan hükümet izleyeceği politikayı gösteren bir programı yasama organına sunup onun güvenini istemektedir; ya da Federal Almanya, İsveç ve Japonya'da olduğu gibi, Başbakanı parlamento seçmektedir. Parlamenter sistemde, yürütme organının birinci kanadını oluşturan devlet başkanı sorumsuz olduğu halde; ikinci kanadın, yani bakanlar kurulunun yasama organına karşı kolektif, ayrıca bakanların da bireysel sorumluluğu vardır. Bu siyasal sorumluluğun bir sonucu olarak, yasama organı, soru, genel görüşme, meclis araştırması gibi çeşitli denetim araçlarıyla hükümeti denetleyebilir ve güvenini kaybettiğinde düşürebilir. Buna karşılık, parlamenter sistemlerin çoğunda, yürütme organının da yasama meclisini feshetme yetkisi ile donatıldığı görülmektedir.

Bir diğer sistem, başkanlık sistemi ile parlamenter sistemin bazı unsurlarını birleştiren yarı-başkanlık sistemidir. Duverger, bu sistemin unsurlarını şöyle belirtmektedir: *i-* cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, *ii-* cumhurbaşkanının güçlü yetkilere sahip olması, *iii-* yasama organına karşı siyasal sorumluluğu bulunan bir hükümetin varlığı (10). Hemen an-

(9) Federal Almanya'da Cumhurbaşkanı bu tür bir Federal Kurul'ca (Bundesversammlung) seçilmektedir. Bkz. Federal Alman Anayasası Md. 54. Kurulun üye sayısı Federal Meclis'in (Bundestag) üye sayısına göre değişmektedir. Çünkü, eyaletler de (länder), Federal Kurul'a Federal Meclis üye sayısı kadar temsilci seçmektedirler. En son 23 Mayıs 1999'da yapılan Cumhurbaşkanı seçiminde Federal Kurul, 669'u Federal Meclis üyesi ve 669'u eyaletlerden seçilen üyeler olmak üzere, toplam 1338 kişiden oluşmuştu.

(10) DUVERGER, Maurice: "A New Political System Model: Semi-Presidential Government", *Parliamentary Versus Presidential Government*, (ed. Arend Lijphart). Oxford University Press, 1992, s.142-149.

laşılacağı gibi, burada ilk iki unsur başkanlık sistemini, sonuncusu ise parlamenter sistemi çağrıştırmaktadır.

Günümüzde rağbet görmeyen meclis hükûmeti sistemi bir yana bırakılacak olursa, acaba geriye kalan üç sistem uygulamada karşımıza çıkan tüm örnekleri açıklamaya yetmekte midir? Bu soruya olumsuz yanıt veren bazı düşünürler, daha farklı sınıflandırmalar getirmektedirler. Bunlardan en dikkat çekenlerinden biri, Shugart'ın yaptığı sınıflandırma olup, bu düşünür beşli bir ayırım önermektedir: *i*-saf başkanlık sistemi (*pure presidential system*), *ii*-saf parlamenter sistem (*pure parliamentary system*), *iii*-başbakan-başkanlık sistemi (*premier-presidential system*), *iv*-başkan-parlamenter sistem (*president-parliamentary system*) ve *v*-başkanlı parlamenter sistem (*parliamentary with "president" system*) (11). Saf başkanlık sistemi ile saf parlamenter sistem, yukarıda açıkladığımız başkanlık sistemini ve parlamenter sistemi, başbakan-başkanlık sistemi ise yine yukarıda açıklanan yarı-başkanlık sistemini karşılamaktadır. Bunlardan saf başkanlık sistemine Amerika Birleşik Devletleri, saf parlamenter sisteme İngiltere, Federal Almanya, İtalya, başbakan başkanlık sistemine de Fransa örnek gösterilebilir. Başkan-parlamenter sistemde ise, cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmekte, güçlü yetkileri bulunmakta ve başbakan ile bakanlar kurulunun diğer üyeleri, hem yasama organına, hem de cumhurbaşkanına karşı sorumlu olmaktadır. Yani bu sistemde bakanlar kurulu, cumhurbaşkanı tarafından azledilebileceği gibi, yasama organı tarafından da düşürülebilir. Geçmişte Weimar Almanyası, günümüzde Rusya Federasyonu bu sistemin örneklerini oluştururlar. Nihayet, başkanlı-parlamenter sistemde ise, cumhurbaşkanı yine halk tarafından seçilmekte ve yasama organına karşı sorumlu bir başbakan ve bakanlar kurulu bulunmaktadır; ancak, cumhurbaşkanının yetkileri çok azdır. Bir başka deyişle, bu sistemde yürütme fonksiyonu, saf parlamenter sistemdeki gibi, başbakan ve bakanlarca yerine getirilmektedir. İrlanda Cumhuriyeti ve Bulgaristan'ı bu sistemin örneği olarak gösterebiliriz.

---

(11) SHUGART (1993): s.30; GÖNENÇ, Levent: "Azerbaycan Anayasası Üzerine Notlar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 47, 1998-b-, Sayı 1-4, s.205-207.

Hemen işaret edelim ki, bu ayrıma katılmayanlar vardır. Örneğin, Sartori, özellikle “başkanlı-parlamentar sistem” ayrımını benimsememekte ve yetkisi bulunmayan bir cumhurbaşkanının halk tarafından seçiliyor olmasının, bir sistemi parlamentar sistem olmaktan çıkarmayacağını savunmaktadır (12). Buna karşılık bir başka düşünür, Elgie, yürütme organının halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanı ile, yasama organına karşı siyasal sorumluluğu bulunan başbakan ve bakanlardan oluştuğu tüm sistemleri “yarı-başkanlık” sistemi olarak adlandırmaktadır (13). Bizce de, ya Elgie gibi bu iki unsuru taşıyan tüm örnekleri yarı-başkanlık sistemi olarak kabul etmek veya Shugart’ın yaptığı gibi, halk tarafından seçilen cumhurbaşkanının yetkilerine göre bir ayrıma gitmek; ama her durumda, halk tarafından seçilen bir cumhurbaşkanının bulunduğu sistemi parlamentar sistemden ayırmak daha uygun olacaktır (14).

Hükümet sistemleri için bir başka sınıflandırma, Fish’ten gelmektedir. Bu düşünür, hükümet sistemlerini, parlamentar sistem, başkanlık sistemi, yarı-başkanlık sistemi ve süper-başkanlık sistemi (*superpresidentialism*) olarak dörde ayırmakta ve süper-başkanlık sistemini, olağanüstü yetkilerle donatılmış bir cumhurbaşkanı karşısında ona göre hayli zayıf konumda bir yasama organının bulunduğu anayasal düzen şeklinde tanımlanmaktadır. Fish, bu sistemde, cumhurbaşkanının kararnamelerle yasal düzenlemeler yapma yetkisinin bulunmasını, hükümetin oluşum biçimine karar verebilmesini ve onu yasama organının denetiminden koruyabilmesini aramaktadır (15). Bunlara, yasama organını feshedebilme yetkisini de ek-

- 
- (12) SARTORI (1994): 132-133, Türkçe çevirisi (1997): s.174-175. Aynı doğrultuda, ÖZBUDUN, Ergun: *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1993, s.139-140.
- (13) ELGIE, Robert: “The Politics of Semi-Presidentialism”, *Semi-Presidentialism in Europe*, (ed. Robert Elgie), Oxford University Press, 1999, s.12-13.
- (14) Nitekim, Vedel de, cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesini parlamentar sistemin mantığına aykırı bulmaktadır (VEDEL, Georges: “Temel Hukuki Seçenekler”, *BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı*, Ankara 1993, s.97-98).
- (15) FISH, M. Steven: “The Pitfalls of Russian Superpresidentialism”, *Current History*, October 1997, s.326-327. GÖZLER’in yeni bir çalışmasında Türkiye için önerdiği modelin, bu tür bir süper-başkanlık sistemini çağrıştırdığı söylenebilir. Bkz. GÖZLER, Kemal: “Türkiye’de Hükümetlere Nasıl İstikrar ve Etkinlik Kazandırılabilir”, *Türkiye Günlüğü*, Sayı 62, Eylül-Ekim 2000, s.25-46.

leyebiliriz. Yazar, başta Rusya Federasyonu olmak üzere, Sovyetler Birliğinin yıkılışından sonra oluşan bazı Orta-Asya cumhuriyetleri ile, bazı Güney-Amerika ülkelerini bu sisteme örnek olarak göstermektedir. Anılan bu yetkilerin, sistemi otokratik bir rejime dönüştürmemesi için, düşünürre göre, belirli aralıklarla serbest seçimlerin yapılması, dernek kurma ve toplanma özgürlükleri ile birlikte diğer kişi özgürlüklerinin bulunması, sistemde muhalefet partilerinin yer alması ve cumhurbaşkanının eleştirilebilmesinin mümkün olması gerekmektedir (16). Ancak, çok gelişmiş bir anayasa yargısı olmadan bu güvencelerin böyle bir sistemde kalıcı olabilmesi, bize mümkün görünmemektedir.

Değinen bu sistemler arasında yer almayan ve uygulamada somut bir örneği bulunmayan değişik bir model, Sartori tarafından önerilmektedir. Ünlü düşünürün “alternatif başkanlık sistemi” (*alternating presidentialism*) veya “aralıklı başkanlık” (*intermittent presidentialism*) diye adlandırdığı bu sistem, özde, cumhurbaşkanının halk tarafından seçildiği bir parlamenter sistem olarak düşünülmüştür ve dört yıllık bir yasama dönemi için bir, beş yıllık bir yasama dönemi için iki hükümet krizi yaşanmadığı sürece, öyle de kalacaktır. Fakat hükümetin düşmesi durumunda, yasama döneminin geri kalan kısmı için, sistem, güçlü bir başkanlık sistemine dönüşecektir. Dönemin sonunda, yeni seçimlerle birlikte, parlamenter sistem de tekrar başlayacaktır (17). Bu sistemin hükümet krizlerini önlemeye çalıştığı açıktır. Ancak, etkin olmadığı, yanlış politikalar uyguladığı halde, başkanlık sisteminin devreye girmesinden çekinen yasama organının, başarısızlığına rağmen hükümeti düşürmemesinin doğurabileceği sakıncaya bu model bir çözüm getirmemektedir. Kaldı ki, Uluşahin ve Atar’ın da işaret ettikleri gibi, hükümet krizi üzerine devreye giren başkanın, dönem sonunda bir süredir kullanageldiği güçlü yetkileri yasama organına devretmek istememesinin doğurabileceği rejim krizi olasılığını da gözden uzak tutmamak gerekir (18).

---

(16) FISH (1997): s.326.

(17) SARTORI (1994): s.153-159, Türkçe çevirisi (1997): s. 199-206.

(18) ULUŞAHİN (1999): s.205; ATAR (2000): s.216-217.

Türk doktrininde de, değindiğimiz klâsik sistem ayrımlarında yer almayan bazı farklı adlandırmalar görülmektedir. Örneğin, Teziç, ABD'deki başkanlık sisteminden esinlenen, fakat devlet başkanının siyasal hayatı bir bakıma tekeline aldığı ve parlamentonun yetkilerinde kısıtlamaya gidilmiş olduğu Latin Amerika ve bazı Afrika ülkelerindeki yönetim biçimlerini "başkancı sistem" olarak adlandırmaktadır (19).

Çağlar'ın da, parlamenter sistemin bir türü olarak değerlendirdiği bir modelde "başkanlı-parlamenter sistem" adını verdiğini görüyoruz. Yazar, bu terimi, parlamenter sistemde parlamento tarafından seçilmiş bir cumhurbaşkanının, klâsik parlamenter sistemdeki cumhurbaşkanına göre çok daha fazla yetkilerinin olduğu, yarı-başkanlık ve parlamenter sistemin karışımı bir yönetim türü için kullanmakta ve 1975 tarihli Yunanistan Anayasası ile 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasasını bu sistemin örnekleri olarak göstermektedir (20).

Nihayet, İsrail'de bütün bu sistemlerden farklı, kendine özgü bir modelle karşılaşırız. Hükûmetin kuruluşuna ilişkin 1992 tarihli yeni Temel Kanun uyarınca, ilk kez uygulandığı 1996 yılından bu yana İsrail'de başbakan iki-turlu çoğunluk sistemi ile doğrudan halk tarafından seçilmekte, fakat kuracağı hükûmetin İsrail yasama organı Knesset'ten güvenoyu alması gerekmektedir. Ayrıca Knesset'çe seçilen bir cumhurbaşkanının da bulunduğu bu sistemde, yasama organı hükûmeti düşürürse, kendisini de feshetmiş olmakta; aynı şekilde, başbakan, cumhurbaşkanının onayını alarak yasama organını feshederse, kendisi de seçime gitmek zorunda kal-

(19) TEZİÇ, Erdoğan: "Giriş Bildirisi", *Un président élu par le peuple, une bonne solution?* Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2000, s.33.

(20) ÇAĞLAR (1989): s.268-269, 286-293; ÇAĞLAR, Bakır: "İktidar Yapısında 82 Formülü ve Karşı Tezler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi (Prof. Dr. Lûtfi DURAN'a Armağan Özel Sayısı)*, Sayı 1-3, Yıl 9, 1988, s.57-68. ÇAVUŞOĞLU da aynı terimi kullanmaktadır (ÇAVUŞOĞLU, Naz: *Anayasa Notları*, Beta Yayınları, İstanbul 1997, s.200). Yazarların kullandıkları bu terimin, Shugart'ın daha farklı bir durumu ifade etmek için kullandığı ve Türkçe çevirisinin "başkanlı-parlamenter sistem" olarak yapılabileceği "parliamentary with president system" ile bir ilişkisi yoktur. Yukarıda değindiğimiz gibi, Shugart, bu terimi, halk tarafından seçildiği halde yetkileri çok az olan ve sistemin tamamen parlamenter sistem şeklinde çalıştığı bir modeli anlatmak için kullanmaktadır (bkz. SHUGART-1993:- s.30-31).

maktadır. İsrail'de, bu sistem istikrar sağlamak amacıyla getirilmişse de, eskisinden daha istikrarsız bir yönetime yol açmış bulunmaktadır (21).

Bütün bu farklı sistemlere çeşitli ülkelerde, yerine göre, daha demokratik, daha istikrarlı ve daha etkin bir yönetim sağlamak amacıyla başvurulmaktadır. Kuşku yok ki, bir yönetimin demokratikliği, istikrarı ve etkinliği sadece uygulanan hükümet sistemlerine bağlı değildir. Siyasal kültür, ülkede geçerli olan seçim sistemi, siyasal partilerin konumu, yönetsel yapı gibi faktörlerin de demokratiklik, istikrar ve etkinlik üzerinde rolü vardır. (22) Ancak, yönetimin özellikle istikrarı ve etkinliğinde hükümet sisteminin payı da inkâr edilemez. Bu nedenle, gerek demokrasiye yeni geçen, gerek uzun zamandır demokratik sistem içinde yaşayan devletlerde, daha istikrarlı ve etkin bir yönetim sağlamak amacıyla, değinilen sistemlerden biri veya diğeri tercih edilmekte (23), tercih edilen sistemin bekleneni sağlamadığı görülünce bir başka sistem denemesine geçilmektedir.

Örneğin, Sovyetler Birliğinin çöküşünden sonra Moldova (24), önce yarı-başkanlık sistemini benimsemiş, ancak daha sonra bundan vazgeçerek, kısa bir süre önce parlamenter sistemi denemeye başlamıştır (25).

Daha eski bir değişimi, Fransa'da görmekteyiz. Bu ülkede, 1946 tarihli IV. Cumhuriyet Anayasası meclis üstünlüğüne dayalı bir parlamenter sistem

- 
- (21) İsrail'in kendine özgü sistemi için bkz. HAZAN, Reuven Y.: "Presidential Parliamentarism: Direct Popular Election of the Prime Minister, Israel's New Electoral and Political System", *Electoral Studies*, Vol.15, No.1, 1996, s.21-37; SARTORI (1994): s.115-117, Türkçe çevirisi (1997): s.153-156; İNCİOĞLU, Nihal: "Siyasal Rejimler: Başkanlık, Yarı-Başkanlık ve Seçilmiş Başbakanlık Seçenekleri Türkiye'ye Neler Sunabilir?", *Siyasal Rejim Tartışmaları*, İstanbul 2000, TESEV Yayınları 15, s.41-44.
- (22) İNCİOĞLU (2000): s.19; ERDOĞAN, Mustafa: "Türkiye'nin Sistem Arayışı", *Siyasal Sistem Tartışmaları*, İstanbul 2000, TESEV Yayınları 15, s.92. Demokratik bir sistemde yönetimin etkinliği için bkz. DAHL, Robert A.: "Thinking About Democratic Constitutions: Conclusions From Democratic Experience", *Political Order*, (ed. Ian Shapiro, Russel Hardin), New York University Press 1996, s. 175-206.
- (23) ÖZBUDUN (1993): s.138-151; GÖNENÇ (1998 -a-): s.212-213.
- (24) GÖNENÇ (1998 -a-): s.210; ELGIE (1999): s.14.
- (25) HYDE, Lily: "Moldova: Parliament Plans Presidential Vote, But No Candidates Yet", *Radio Free Europe/Radio Liberty, Weekday Magazine*, (<http://www.rferl.com/nca/features/2000/11/2111200015164/.asp>).

ngörmüşken, 1958 tarihinde V. Cumhuriyet Anayasası ile birlikte, özellikle Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini sağlayan 1962 değişikliğinden sonra, yarı-başkanlık sistemine geçilmiştir (26).

1974'te "karanfiller ihtilâli" ile otokratik yönetime son verilen Portekiz'de, 1976 Anayasası, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanına güçlü yetkiler tanıyan bir yarı-başkanlık sistemi getirmişken, bu Anayasada 1982'de gerçekleştirilen değişiklikle Cumhurbaşkanının yetkilerinde büyük kısıtlamalara gidilmiştir (27).

Benzer şekilde, Yunanistan'da askerî yönetim sonrasında yapılan 1974 Anayasası, parlamento tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanına geniş yetkiler tanıdığı, 1981-1985 yılları arasında Cumhurbaşkanı Karamanlis'in sol Pasok hükûmetinin bir arada bulunmasının doğurduğu sıkıntı üzerine, 1986 yılında Anayasa'da gerçekleştirilen değişiklikle Cumhurbaşkanının yetkileri kısıtlanmış bulunmaktadır (28).

Daha uzun bir süre içinde gerçekleşen değişim, Finlandiya'da görülmektedir. Bu ülkede, 1919 Anayasası uyarınca, yürütme organı, halk tarafından seçilen 300 kişilik ikinci seçmenler kurulunun seçtiği Cumhurbaşkanı ile yasama organına karşı sorumluluğu olan bir başbakan ve bakanlardan oluşmaktaydı. Önceleri daha çok hükûmet ağırlıklı işleyen sistem, İkinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında, özellikle de 1956-1981 yılları arasında kesintisiz 25 yıl Cumhurbaşkanlığı yapan Kekkonen döneminde, Cumhurbaşkanını ağırlıklı yürümeye başlamıştı. 1987 yılında Anayasada yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönteminin benimsendiği bu ülkede (29), 1991 değişikliği ile aynı ki-

26) ÖZAY, İl Han: "Başkanlık mı 'Başkanlı Sistem' mi ? Ya da Kaş Yapayım Derken...", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Sayı 1-3, 1991, s. 320-325; VERGİN, Nur: "Genel Oy Kapsamında Cumhurbaşkanlığı", *Türkiye Günlüğü*, Sayı 16, Güz 1991, s.129-139; BATUM, Süheyl: "1990'larda Dünyada ve Türkiye'de Siyasal Rejim Tartışmaları", *Siyasal Rejim Tartışmaları*, İstanbul 2000, TESEV Yayınları 15, s.63-67.

27) ÇAĞLAR (1989): s.306.

28) BATUM (2000): s.67; ÇAĞLAR (1989): s.306.

29) 1987 değişikliği uyarınca, bir adayın Cumhurbaşkanı seçilebilmesi için seçmenlerin en az yarısından bir fazlasının oyunu alması gerekiyordu. Bu sağlanamazsa, Cumhurbaşkanı seçimini ikinci seçmenlerden oluşan seçim kurulu gerçekleştirmekteydi.

şinin peşpeşe iki dönemden fazla Cumhurbaşkanı seçilmesi yasaklandı. Uygulamada, 1980'lerden itibaren Cumhurbaşkanının yetkilerinin daha çok dış politika ile sınırlı olmaya başladığını ve 1 Mart 2000'de yürürlüğe giren yeni Anayasa ile parlamenter sistem karakterinin daha da belirginleştiğini söyleyebiliriz (30).

Sonuç vermeyen bir değişim arayışını ise İtalya'da görüyoruz. Hükümetlerin kısa ömürlü olmalarından kaynaklanan yakınmalar, politikacılara, bu ülkede doğrudan halk tarafından seçilmiş bir güçlü cumhurbaşkanının varlığının yararlı olacağını düşündürmüştür. Bu doğrultuda 22 Ocak 1997'de, her iki meclisten eşit sayıda seçilmiş temsilcilerden oluşan 70 kişilik bir komisyon (*bicamerale*), olası bir anayasa değişikliği üzerinde çalışmalarına başlamış ve cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesini, özellikle dış politikada ve savunmada yetkilerinin artırılmasını; fakat başbakan ve bakanlardan oluşan bakanlar kurulunun varlığının da korunmasını öneren bir taslak hazırlamıştı (31). Böylece bir yarı-başkanlık sistemi öngörülmekteydi. Fakat, daha sonra çeşitli partiler arasında

---

Nitekim, anılan değişiklikten sonra, 1988'de yapılan ilk seçimde, hiçbir aday halkın yarısından fazlasının oyunu alamadığı için, seçimi ikinci seçmenlerden oluşan seçim kurulu gerçekleştirmiştir (<http://www.president.fi/eng/institution/stat.html>). 1994 yılında ise Cumhurbaşkanı doğrudan halk tarafından iki turlu çoğunluk sistemi ile seçilmeye başlandı (<http://www.om.fi/constitution/3415.htm>). İlk turda hiçbir aday geçerli oyların yarısından bir fazlasını alamazsa, en çok oy alan iki adayın katılacağı ikinci turda daha fazla oy alan Cumhurbaşkanı seçilmiş olacaktır. Nitekim, 1994 ve 2000 yıllarında yapılan seçimlerde, Cumhurbaşkanı ikinci turda seçilmiştir (<http://www.president.fi/eng/institution/stat.html>). 1 Mart 2000 tarihinde yürürlüğe giren 11 Haziran 1999 tarihli yeni Finlandiya Anayasasının 54. maddesinde de aynı düzenleme korunmuştur (<http://www.om.fi/constitution/3340.htm>).

- (30) ARTER, David: "Finland", *Semi-Presidentialism in Europe*, Robert Elgie (ed), Oxford University Press, 1999, s.48-66; ARTER, David: "Government in Finland: A 'Semi-Presidential System'?", *Parliamentary Affairs*, Vol.38, No.4, Autumn 1985, s.472-495; RAUNIO, Tapio – MAITTI, Wiberg: "Building Elite Consensus: Parliamentary Accountability in Finland", *The Journal of Legislative Studies*, Vol.6, Spring 2000, No.1, s.59-80; NOUSIAINEN, Jaakko: "From strong parliamentarism to strong presidency-and back again" (<http://www.om.fi/constitution/3414.htm> ve [3344.htm](http://www.om.fi/constitution/3344.htm)).

- (31) PATRIDGE, Hilary: *Italian Politics Today*, Manchester University Press, 1998, s.42-46.



ortaya çıkan görüş ayrılığı nedeniyle, bu düzenlemenin gerçekleşmesi mümkün olmamıştır (32).

Yenilerde bir değişiklik ise, 2000 yılının Eylül ayında Fransa'da yapılmıştır. Anayasanın Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından 7 yıllık bir süre için seçilmesini öngören 6. maddesi hükmü değiştirilmiş ve bu süre Millî Meclisinki gibi 5 yıla indirilmiştir (33).

Türkiye'ye gelince; ülkemizde de başkanlık veya yarı-başkanlık sistemine geçilmesi, ya da fazla yetki verilmesi bile Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi yönünde istekler, bir süredir çeşitli çevrelerce dile getirilmektedir (34). Örneğin, Özal, Başbakanlığı döneminde, 1987'de bir gazeteciyle yaptığı görüşmede,

*"Ben Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesini daha demokratik görüyorum. Çünkü Cumhurbaşkanı'nın epey yetkileri var. 1961 Anayasası gibi değil. Partiler aday gösterebilir veya dışarıdan aday gösterilebilir, ama Meclis yerine Cumhurbaşkanı'nı halk seçmelidir. Cumhurbaşkanı da ona göre kendini güçlü hissetmelidir. Dikkat edin, bu başkanlık sistemi değil. Yani Amerika'daki başkanlık sistemi değil. Cumhurbaşkanımıza yetkiler vermişiz... Ağırılık onda... Halk seçerse daha güçlü olur"*

demektedir (35).

(32) *The Economist*, March 7th, 1998, s.43; *The Economist*, June 6th, 1998, s.33. GIOVANNELLI, Adriano: "Le régime semi-présidentiel, dans le débat constitutionnel italien", *Un président élu par le peuple, une bonne solution?*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2000, s.79-103, Türkçe özeti, s.105.

(33) Bu Anayasa değişikliği 24 Eylül 2000 tarihinde sunulduğu referandumda, katılanların % 73'ünün oylarıyla kabul edildi. Ancak referanduma seçmenlerin % 70'inin katılmadığını dikkate alırsak, bu değişikliği benimseyenlerin veya bu değişiklikle ilgilenenlerin sayısının çok az olduğu söylenebilir. Sözü edilen katılım, Fransa'da 1958'den bu yana yapılan tüm referandumlarda görülen en düşük katılımdır (*The Economist*, September 30th, 2000, s.41; *Financial Times*, September 25, 2000, s.2).

(34) Bu konuda bkz. ÖRGÜN, Faruk: *Dar Gelen Gömlek Başkanlık Sistemi*, Bilge Yayınları: 6, İstanbul 1999, s.29-35, 65-76; CANIKLIOĞLU, Meltem Dikmen: "Türkiye'nin Sistem Sorunu mu Var?", *KhukA, Kamu Hukuku Arşivi*, Ekim 1999, Cilt II, Sayı 3, s.184-186; YAVUZ, K. Haluk: *Türkiye'de Siyasal Sistem Arayışı ve Yürütmenin Güçlendirilmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s.544-556.

(35) *Hürriyet Gazetesi*, 23 Nisan 1987, s.13.

Daha sonra, 9. Cumhurbaşkanı Demirel tarafından da, başkanlık veya yarı-başkanlık sistemi saptamasına gidilmeden, Cumhurbaşkanını halkın seçmesinin daha isabetli olacağını belirten açıklamalar yapılmıştır. Örneğin, Demirel 1 Ekim 1999 tarihinde TBMM'nin yeni yasama yılını açış konuşmasında şöyle diyordu:

*"...Cumhurbaşkanı, iki türlü seçimle, halk tarafından seçilmelidir; eğer, Meclisiniz muvafık görürse, iki defa seçilmelidir; ama, mutlaka halk tarafından seçilmelidir. Bunun bir takım mahzurları vardır; ama, maksadınız, eğer demokrasiyi güçlendirmekse, demokrasi-nin kurumlarına daha çok otorite kazandırmaksa, mutlaka halkın rızasına ve yetkisine cumhurbaşkanlığı makamını bırakmak lazımdır"* (36).

Nihayet, Demirel'in görev süresinin dolmasına yakın, 2000 yılının şubat ayında Hükümeti oluşturan siyasal partilerin Genel Başkanlarının öncülüğünde yapılan ve Cumhurbaşkanının görev süresini 5 yıla indirip, bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesine olanak tanıyan Anayasa değişikliği teklifi ile birlikte, Fazilet Partisi ve Doğru Yol Partisi milletvekillerince verilen bir başka değişiklik teklifinde Cumhurbaşkanının 5 yıllık bir süre için doğrudan halk tarafından seçilmesi de önerilmişti. Ancak bu son öneri TBMM Anayasa Komisyonunda reddedildiğinden (37); Genel Kurulda sadece Cumhurbaşkanının görev süresini 5 yıla indirip, bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı seçilmesine olanak tanıyan değişiklik tek-

---

(36) TBMMTD, Dönem 21, Yasama Yılı 2, 1999, C.13, s.28. Demirel, bu düşüncesini, 7 Kasım 1999 tarihinde TRT 1'de yayınlanan mülâkatta da tekrarlamaktaydı. Kurtul Altuğ ile sürdürdüğü bu mülâkatta Demirel, *"...Ben uzunca bir zamandır, 20 seneye yaklaşan bir zamandır Türk kamuoyuna Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi lâzım geldiğini ifade ediyorum. Rahmetli Korutürk'ün görevi tamamlandıktan sonra Türkiye Büyük Millet Meclisi Cumhurbaşkanı seçemedi... o zaman da söyledim, gelin halka seçtirelim Cumhurbaşkanını. Benim fikrimdir bu, düşüncemdir"* demekteydi. Bkz. *Cumhurbaşkanı Sayın Süleyman Demirel'in TRT 1'de Yayınlanan Mülâkâtı*, (Ankara, 7 Kasım 1999), Başbakanlık Basımevi, Ankara 1999, s.41, 43.

(37) Bkz. TBMM'nin 29.3.2000 tarihli 73. Birleşiminde, Doğru Yol Partisi Amasya Milletvekili Ahmet İyimaya ile Fazilet Partisi Manisa Milletvekili Bülent Arınç'ın konuşmaları (TBMMTD., Dönem 21, Yasama Yılı 2, Cilt 29, s.307-310, 327-330).

lifi görüşülmüş, fakat oylamada kabul için gereken yeter çoğunluğu alamadığı için o da reddedilmiştir (38).

Görüldüğü gibi, ülkemizde de çeşitli zeminlerde, Cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmesi, yarı-başkanlık veya başkanlık sistemine geçilmesi istenmektedir. Acaba, bu tür bir değişikliğe gerek var mıdır? Bu soruya yanıt vermeden önce, başkanlık sistemiyle, yarı-başkanlık sisteminin olumlu ve olumsuz yönlerine kısaca değinmemiz uygun olacaktır.

Başkanlık sisteminde ve yarı-başkanlık sisteminde devlet başkanın halk tarafından seçilmesinin, sistemin demokratik olma niteliğini artıracak, doğrudan halk tarafından seçilen bir devlet başkanının sistem içindeki meşruluğunun güç kazanacağı, halkın kimi seçtiğini bileceği ve dönem sonunda gerekiyorsa o kişiyi yeniden seçmeyerek bir tür hesap soracağı ile sürülmekte ve bu hususların sözü edilen sistemin olumlu yönlerini oluşturacağı savunulmaktadır (39).

Ancak, unutmamak gerekir ki, halk tarafından seçilen başkan veya cumhurbaşkanı, halkın sadece bir kısmının tercih ettiği bir kişidir. Buna karşılık, başkana oy vermeyenler, bu seçimde her şeyi kaybetmiş olacaktırlar. Örneğin, tipik bir başkanlık sistemi olan, Amerika Birleşik Devletlerinde, 7 Kasım 2000 tarihinde yapılan son başkanlık seçimlerinde, Gore, ülke genelinde 50.158.094, Bush ise, 49.820.518 oy almış; ancak, Başkanı seçecek olan 538 kişilik ikinci seçmenler kurulunda, Gore 267, Bush 271 ikinci seç-

(38) Anayasanın 101. maddesine ilişkin değişiklik teklifinde öngörülen düzenleme şöyledi: "Cumhurbaşkanı, Türkiye Büyük Millet Meclisince kırk yaşını doldurmuş ve yükseköğrenim yapmış kendi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından beş yıllık bir süre için seçilir. Bir kimse, en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilir" (TBMM'nin 29 Mart 2000 tarihli 73. Birleşim Tutanağı sonuna ekli S.Sayı 389, s.24). TBMM Genel Kurulu bu değişiklik teklifini, birincisi 29 Mart 2000, ikincisi ise 5 Nisan 2000 tarihinde yapılan iki oylamada da reddetmiştir (TBMMTD., Dönem 21, Yasama Yılı 2, Cilt 29, s.381, Cilt 30, s.315).

(39) SHUGART, Matthew Soberg - MAINWARING, Scott: "Presidentialism and Democracy in Latin America: Rethinking the Terms of the Debate", *Presidentialism and Democracy in Latin America* (ed. Scott Mainwaring and Matthew Soberg Shugart), Cambridge University Press, 1997, s.33-36; ERDOĞAN (1999): s.145-146; ERDOĞAN (2000): s.86-89; ULUŞAHİN (1999): s.142-160; GÖZLER (2000): s.40-41.

men kazanmıştır (40). Her federe devlette ikinci seçmenlerin 18 Aralık 2000'de Başkan ve Başkan Yardımcısı adaylarına verdikleri oylar, 6 Ocak 2001'de Amerika Birleşik Devletleri yasama organı Kongre'de ayrı ayrı sayılmış ve Başkan adayı George W. Bush'un ve Başkan Yardımcısı adayı Cheney'in 271, diğer Başkan adayı Al Gore ile Başkan Yardımcısı adayı Li-

- (40) Amerika Birleşik Devletlerinde, Başkan ve Başkan Yardımcısı halk tarafından iki dereceli bir seçimle seçilmektedir. Bu bağlamda, siyasal partiler Başkan ve Başkan Yardımcısı adayı belirlemede, ayrıca bağımsızlar da Başkan ve Başkan Yardımcılığına adaylıklarını koyabilmektedirler. Daha sonra, her federe devlette, değişik siyasal partilerin Başkan ve Başkan Yardımcısı adayları ve bağımsızlara göre, o federe devletin ikinci seçmen adayları saptanmaktadır. Her federe devletin ikinci seçmen sayısı, o federe devletin Amerika Birleşik Devletleri Temsilciler Meclisindeki milletvekili ve Senatosundaki senatör sayısı toplamına eşittir. Ayrıca, Temsilciler Meclisinde ve Senatoda temsil edilmeyen Kolumbia Bölgesine de (District of Columbia), Başkan ve Başkan Yardımcısı seçiminde 3 ikinci seçmenlik verilmektedir. Bilindiği gibi, ABD Temsilciler Meclisi üye tam sayısı 435, Senato üye tam sayısı ise 100'dür. Bu durumda, federe devletlerin ve Kolumbia Bölgesi ikinci seçmenlerinin toplam sayısı 538 (435+100+3) olmaktadır. Her bir federe devlet, nüfuslarının büyüklüğü veya küçüklüğü dikkate alınmadan ABD Senatosunda 2 senatör ile temsil edilmekte; buna karşılık Temsilciler Meclisindeki üye sayıları nüfuslarına göre değişmektedir. Bu nedenle, federe devletlerin, Başkanı ve Başkan Yardımcısını seçecek olan ikinci seçmenler kurulundaki (*electoral college*), üye sayıları da, nüfuslarına göre değişmektedir. Birinci seçmenler, tercih ettikleri Başkan ve Başkan Yardımcısı adayının ikinci seçmenlerine oy vermekte ve Maine ve Nebraska dışında tüm federe devletlerde hangi Başkan adayının ikinci seçmenlerinin kazandığı, çoğunluk sistemine göre belirlenmektedir. Bir başka deyişle, bir federe devlette, çok küçük bir farkla bile olsa en çok oyu alan aday, o federe devletteki ikinci seçmenlerin tümünü kazanmış olmaktadır. Örneğin, son seçimde, oyların sayımında bir çok tartışma yaşanan Florida federe devletin ikinci seçmen sayısı 25'tir ve bu 25 ikinci seçmenin tümünü, yüzde birden az bir farkla olsa bile, daha fazla oy almış olan Bush kazanmıştır. İkinci seçmenlerin belirlenmesinde, anılan iki federe devlet dışında, tüm federe devletlerde çoğunluk sistemi uygulandığından, ikinci seçmen sayısı nisbeten az olan bazı federe devletlerdeki seçimi açık farkla kazanan, ama ikinci seçmen sayısı fazla olan bazı federe devletlerdekini çok küçük farkla kaybeden bir Başkan adayının ülke genelinde (federe devletlerin tümünde) aldığı oyların toplamı daha fazla olduğu halde, son seçimde görüldüğü gibi elde ettiği ikinci seçmenlerin sayısı daha az olabilecek ve ülke genelinde daha fazla oy almasına karşın, başkanlık seçimini kaybedebilecektir (Bu konuda bkz. KIMBERLING, William C.: *The Electoral College*, ([http://www.fec.gov/pdf/election\\_coll.pdf](http://www.fec.gov/pdf/election_coll.pdf)); Geçen sene yapılan son başkanlık seçiminde her bir federe devletteki seçim sonuçları için bkz. (<http://www.cnn.com/ELECTION/2000/results/president/index.html>).

eberman'ın 266 oy aldıkları görülmüştür (41). Böylece, ülke genelinde daha az oy aldıkları halde, George W. Bush Başkan, Cheney ise Başkan Yardımcısı seçilmişlerdir. Özellikle, Florida Eyaletinde Florida Yüksek Mahkemesinin bu eyalet ikinci seçmenlerini belirleyecek oyların yeniden sayılmasına karar verdiğini, ancak Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı iptal ettiğini de dikkate aldığımızda, Gore'un Başkan olmasını isteyen ve ona oy veren 50.158.094 Amerikan seçmeninin gözünde, bu seçimin demokratikliği ve Başkanın meşruiyetinin bazı soru işaretleri taşıyacağına kuşku yoktur (42). ABD'nde Başkan seçimi iki dereceli bir seçimle değil de, doğrudan halk tarafından yapılmış olsaydı, bu son seçimde aynı meşruiyet sorunu yine yaşanabilirdi. Çünkü, böyle bir durumda, bu kez Gore, 337.576 oy farkı ile Başkan seçilmiş olacaktı ki, milyonlarca kişinin oy kullandığı bir seçimde, bu, anlamlı bir fark olarak görülmeyebilirdi. Çok küçük bir farkla Başkanlığın kazanılmasına ilişkin bir diğer örnek, yine başkanlık sisteminin uygulandığı Şili'den verilebilir. Bu ülkede doğrudan halk tarafından seçilen Başkan için 12 Aralık 1999 tarihinde yapılan seçimde sosyalist aday Lagos, oyların % 47.96'sını, sağ kanadın adayı Lavin ise, % 47.52'sini almıştı. Hiç bir aday % 50'yi geçemediği için, 16 Ocak 2000'de yapılan ikinci turda, Lavin'in % 48.7 oyuna karşı, % 51.3 oyla sosyalist aday Lagos Başkan seçilmiş oldu (43). Yine Şili'de, bundan daha çarpıcı örnekler, 1925 Anayasası döneminde görülmüştür. Bu Anayasa uyarınca, Başkan halk tarafından seçiliyordu; ancak, seçimde adaylardan hiç birisi salt çoğunluğu sağlayamazsa, Başkanı, en çok oy alan iki aday ara-

(41) (<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A27270-2001-Jan6.html>).

(42) Nitelikim, böyle tartışmalı bir seçimle seçilen Başkanın meşruiyetine ilişkin kuşku, basında da dile getirilmekteydi. Bu konuda, basında yer alan bazı başlıklar ve yazılarıyla ilgili olarak şu örnekler verilebilir: Tesadüfi Başkan (The Accidental President) başlıkla başmakale için, bkz. *The Economist*, December 16th, 2000; Kaos, mahkemeler savaşı yeni bir Başkan mı, yoksa bir anayasal kriz mi ortaya çıkaracak (Chaos, will the war of the Courts Produce a New President – or a Constitutional Crisis) ?, *Newsweek*, December 18, 2000; Başkanlığın Bush'a verilmesiyle demokrasi zehirlendi (Democracy was poisoned to give Bush the presidency) başlıklı yazı için, bkz. *The Guardian Weekly*, December 21-27, 2000, s. 10; Nasıl yönetebilir (How can he govern)?, *Time*, November 20, 2000.

(43) *The Guardian Europe*, December 14, 1999, s.6; *The Guardian Weekly*, January 20-26, 2000, s.1.

sından yasama organı seçmekteydi. Yasama organı, bu dönemde seçimini, hep en çok oy alan adaylardan yana yapmıştı. Bu doğrultuda, halkın oylarının 1946'da % 40.1'ini alan Gonzales Videla, 1952'de % 46.8'ini alan Ibanez, 1958'de % 31.2'sini alan Alessandri, 1970'te % 36.5'ini alan Allende yasama organınca Başkan seçilmişlerdi (44). Tipik bir yarı-başkanlık sistemi olan Fransa'da da, 1995 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde, kazananın ne kadar küçük farkla kazanabileceğini gösteren bir örnek yaşanmıştır. Gerçekten, şimdiki Cumhurbaşkanı Chirac, ilk turda oyların yalnızca % 20.8'ini almıştı ve bu oran Fransa'da Cumhurbaşkanı seçilen bir kişinin, Cumhurbaşkanının ilk kez doğrudan halk tarafından seçildiği 1965 yılından beri, ilk turda sağladığı en düşük orandı (45). Chirac, ikinci turda Jospin'in % 47.4 oyuna karşılık, oyların % 52.6'sını alarak Cumhurbaşkanı seçilmiştir. Ancak, bu turda oyların % 6'sının boş çıktığını göz önünde tuttuğumuzda, Chirac'ın esasında % 49.5 oyla Cumhurbaşkanı seçildiğini söyleyebiliriz (46). Görülmektedir ki, 1995 seçimlerinde seçmenlerin yalnızca % 50'si Chirac'ın Cumhurbaşkanı olmasını istemiştir ve bunların % 30'u ilk turda Chirac'ı tercih etmemiştir. Daha eskilerden bir başka örneği, yine bir yarı-başkanlık sistemi olan Finlandiya'dan getirilebiliriz. Bu ülkede, Cumhurbaşkanı seçimlerinin, halkın seçtiği ikinci seçmenler eliyle yapıldığı dönemde, 1956 yılında, Çiftçi Partisi adayı Kekkonen, üçüncü turda, Sosyal Demokrat rakibine karşı, Komünistler'in kendisini desteklemesi üzerine 1 oy farkı ile Cumhurbaşkanı seçilmişti (47). Finlandiya'nın şimdiki Cumhurbaşkanı Halonen de, Cumhurbaşkanlığı seçiminin 6 Şubat 2000 tarihinde yapılan ikinci turunda, oyların % 51.6'sını alarak Cumhurbaşkanı seçilmiştir. İkinci tura kalan diğer aday Aho ise, oyların % 48.4'ünü elde etmişti (48). Bütün bu örnekler, halk tarafından

---

(44) VALENZUELA, Arturo: "Party Politics and Crisis of Presidentialism in Chile: A Proposal for a Parliamentary Form of Government", *The Failure of Presidential Democracy* (ed. Juan J. Linz and Arturo Valenzuela), The Johns Hopkins University Press, 1994, s.190-193.

(45) *The Economist*, May 13th, 1995, s.15, 33. 1965 yılından bu yana, Fransa'da Cumhurbaşkanı adaylarının birinci ve ikinci turlarda aldıkları oyların oranları için bkz. HEWLETT, Nick: *Modern French Politics*, Polity Press, 1998, s.218.

(46) *The Economist*, May 13th , 1995, s.33.

(47) ARTER (1985): s.475.

(48) (<http://www.president.fi/eng/institution/stat.html>).

seçilen bir başkanın, ya da cumhurbaşkanının, toplumun geniş kesimlerinin tercihini yansıtmayabileceğini, dolayısıyla halk tarafından seçimin, parlamenter sistem içinde bir hükümet oluşturulması halinden mutlaka daha demokratik sayılmayacağını göstermektedir. Nitekim, başkanlık sistemine karşı çıkanlar, bu sistemde başkanın küçük bir farkla seçilebileceğine dikkat çekmekte ve bunun sonucunda ortaya çıkan “kazananın her şeyi kazanması, kaybedenin de her şeyi kaybetmesi” durumunu eleştirmektedirler (49). Benzer sonuçla, her ne kadar, parlamenter sistemde de karşılaşılabilirliği düşünülebilirse de (50); böyle bir olasılık, ancak tek bir partinin yasama organında salt çoğunluğu sağladığı ve hükümeti tek başına kurabildiği zaman ortaya çıkabilir. Her şeyden önce, iktidar paylaşımının söz konusu olduğu koalisyon hükümetlerinde bu tür bir sonuç doğmaz. Hükümeti tek bir partinin kurduğu “parti hükümeti”nde dahi, başbakanın konumu, hiçbir zaman başkanlık sistemindeki başkanınki kadar tek eksenli değildir. Başbakanın en azından partisinin meclis grubundaki fraksiyonları dikkate alması, politika üretiminde onları ihmal etmemesi gerekir (51).

Başkanlık ve yarı-başkanlık sisteminde halkın kimi seçtiğini bildiği ve dönem sonunda gerekiyorsa onu bir daha seçmeyerek bir tür hesap sorabileceği görüşüne gelince, bu konuda da bazı eleştiriler getirilebilir. Her şeyden önce başkanlık sistemini uygulayan ülkelerin çoğunda, başkanın en çok iki defa seçilebilmesine izin verilmektedir. Bu nedenle, ikinci dönem başkanlık yapan bir kişi için, bu tür bir hesap sorulma durumu, haliyle olmayacaktır. İlk dönem içinde olan, ya da iki dönem gibi sınırlama bulunmayan bir ülkedeki başkan da, bazı başarısızlıkların nedeni olarak yasa-

(49) LINZ, Juan J: “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It Make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy*, The John Hopkins University Press, 1994, s.14-16; ÖZBUDUN (1993): s.143-144.

(50) SHUGART-MAINWARING (1997): s.39-40; HOROWITZ, Donald L.: “Demokratik Sistemleri Karşılaştırmak” (Çeviren: Levent Köker), *Demokrasinin Küresel Yükselişi* (Derleyenler: Larry Diamond ve Marc F. Plattner), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.163-164.

(51) JONES, George W.: “Presidentialization in a Parliamentary System”, *Executive Leadership in Anglo-American Systems* (ed. Colin Campbell, S.J., and Margaret Jane Wyszomirski), University of Pittsburgh Press, 1991, s.111-135; LINZ (1994): s.15-16.

ma organını gösterebilir (52). Gerçekten, bir başkanın belirlediği politikaları gerçekleştirebilmesi için, yasal düzenlemeye ihtiyacı vardır, bunu yapacak olan da yasama organıdır. İhtiyaç duyduğu yasaların çıkarılmamasının faturasını başkana yüklemek mümkün değildir. Örneğin, nükleer silahlarla deneme yapılmasını tüm dünyada yasaklamaya yönelik bir uluslararası antlaşmanın öncülüğünü yapan ve antlaşmayı imzalayan ABD Başkanı Clinton, bu antlaşmanın ABD Senatosunca onanmadığı için yürürlüğe girmemesinden sorumlu tutulabilir mi (53)? Yine ABD'de, 1995 yılında Kongre'ye sunduğu bütçe tasarısı kabul edilmeyince, maaşları ödemediği için binlerce federal görevlinin evlerine gönderilmesinin sorumluluğu Başkan Clinton'a mı, yoksa Kongre'ye mi çıkartılmalıdır (54)? Yarı-başkanlık sisteminde, bu durum daha da karmaşık bir hale gelebilir. Gerçekten, halk tarafından seçilmiş Cumhurbaşkanı ile yasama organındaki çoğunluğa göre oluşmuş hükûmetin farklı siyasal görüşte olmalarını ifade eden *cohabitation* durumunda, başarısızlıklardan ötürü, seçim sırasında seçmen kimden hesap soracaktır? Cumhurbaşkanı mı, yoksa farklı siyasal görüşü yansıtan hükûmetten mi?

Başkanlık veya yarı-başkanlık sisteminde, devlet başkanının sabit bir süre için halk tarafından seçilmesi ve bu süre içinde yasama organınca yürütülememesinin, yürütme organında istikrar sağlayacağı, bunun da bu sistemlerin olumlu bir başka yönü olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüşte bir gerçek payı vardır. Çünkü, başkanın çok istisnai bir yol alan *impeachment* (55) dışında yasama organınca görevden alınmaması, ona, yapmak

---

(52) LINZ (1994): s.12-14.

(53) Amerikan yönetiminin imzaladığı ve Dünya genelinde büyük ölçüde öncülüğünü yaptığı "Kapsamlı Nükleer Denemelerin Yasaklanması Antlaşması" (Comprehensive Test Ban Treaty)nın onanması, A.B.D. Senatosunda 9 Ekim 1999 tarihinde yapılan oylamada 48'e karşı 51 oyla reddedilmişti. Bu konuda bkz. (<http://www.clw.org/pub/clw/coalition/bckgrvt2.htm>); (<http://www.time.com/time/se-arch/article/0,8599,32573,00.html>).

(54) KALAYCIOĞLU (2000): s.113; *The Economist*, November 11th, 1995, s.16. Bu konuda ayrıca bkz. ([http://www.cnn.com/US/9511/debt\\_limit/11-13/impact/index.html](http://www.cnn.com/US/9511/debt_limit/11-13/impact/index.html)); ([http://www.cnn.com/US/9511/debt\\_limit/11-13/employees/index.html](http://www.cnn.com/US/9511/debt_limit/11-13/employees/index.html)); ([http://www.cnn.com/US/9511/debt\\_limit/11-17/index.html](http://www.cnn.com/US/9511/debt_limit/11-17/index.html)).

(55) ABD Anayasası uyarınca, Başkan ve diğer federal yüksek görevliler, kriminal bir suç işlemeleri durumunda, Temsilciler Meclisinin suçlaması üzerine Senato tarafından



istediklerini yerine getirebilmesi için gereken zamanı kesintiye uğramadan kullanabilme imkânını verecektir. Ancak, belirli bir süre görevde kalma güvencesi, o görevin etkin bir şekilde yerine getirilmesini de sağlar mı? Bu soruya olumlu bir yanıt vermemiz mümkün değildir. Bir başka deyişle, istikrar, beraberinde etkinliği de getirmez. Yasama organının, düşüremediği bir başkanın programını gerçekleştirebilmesi için ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeleri yapmaması durumunda, başkan büyük ölçüde âtil bir konuma düşecektir. Elinde yasama organını feshetme yetkisi de olmadığına göre, sorun nasıl çözülecektir? Başkan da, yasama organı da halk tarafından seçildiklerinden, ikisi de aynı meşruluğa dayanmaktadırlar. Meşruluklarını aynı kaynaktan alan bu iki kurumun, belirli bir konuda politik tercihleri birbirinin zıttı olursa, hangisinin isteği gerçekleşecektir? Bu kilitlenmeyi çözecek tek araç uzlaşmadır. Uzlaşma kültürünün zayıf olduğu toplumlarda ise, böyle bir kilitlenmenin sistem krizine yol açması kaçınılmazdır (56). Nitekim, 1973 yılında Şili’de sosyalist Başkan Allende ile, sağcı çoğunluğun yer aldığı yasama organı arasındaki görüş ayrılıklarının yol açtığı kilitlenme, 11 Eylül 1973’te askerî darbe ve Allende’nin intiharı ile sona ermiştir (57). Bilindiği gibi, bu darbe, uzun süren Pinochet dikta-

üçte iki çoğunlukla görevlerinden azledilebilirler. Ancak, bugüne kadar sadece iki Başkan, 1868’de Andrew Johnson, 1998’de Clinton, Temsilciler Meclisince azil isteğiyle Senatoya sevk edilmişler, fakat Senatoda her iki Başkan için de azilde gereken üçte iki çoğunluk sağlanamamıştır. Bu nedenle, şimdiye kadar ABD’de hiçbir Başkan için *impeachment* adı verilen azil durumu gerçekleşmemiştir. Andrew Johnson’a yönelik *impeachment* girişimi için, bkz. ÇAĞLAR (1989): s.74-76; Clinton’a yönelik *impeachment* girişimi için, bkz. STONE, G.R. – SEIDMAN, L.M. – SUNSTEIN, C.R. – TUSHNET, M.V.: *Constitutional Law*, Third Edition, 1999 Supplement, Aspen Law and Business, New York, 1999, s.95-100. *Impeachment* kurumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için, bkz. BLACK, Charles L. Jr.: *Impeachment*, Yale University Press, 1974.

(56) LINZ (1994): s.7, 48; LINZ, Juan J.: “Başkanlık Sisteminin Tehlikeleri” (Çeviren: Ergun Özbudun), *Demokrasinin Küresel Yükselişi* (Derleyenler: Larry Diamond ve Marc F. Plattner), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.145; ÖZBUDUN (1993): s.140-141; ULUŞAHİN (1999): s.106 vd.; DAHL (1996): s.190-191. CANIKLIOĞLU (1999): s.187-188.

(57) ÇAĞLAR (1989): s.301-302; VALENZUELA (1994): s.204-211. FAUNDEZ ise, Şili’de 1973 yılında bir askerî darbe ile Allende’nin devrilmesi ve demokrasinin uzun süre kesintiye uğramasının nedenini, o sırada ülkede uygulanan başkanlık sisteminde bulmamakta ve “eğer parlamenter sistem söz konusu olsaydı, Şili’de demokrasi muhtemelen 1973’ten çok daha önce çökerdi” demektedir. Bkz. FAUNDEZ, Julio: “In De-

törlüğünün de başlangıcı olmuştur. Oysa, bir parlamenter sistemde, bu tür kilitlenmeleri çözecek kurumlar vardır. Ya yasama organı hükümeti güvensizlik oyu ile düşürür, ya da yürütme organı yasamayı fesheder. Herhalde, sonunda yeni bir hükümetin kurulmasıyla veya yasama organının seçime gitmesiyle çözülebilecek olan bir hükümet krizi, sonu belirsiz bir sistem krizine tercih edilmelidir. Vedel, bu tür bir sistem krizine yol açacak tıkanmaları önlemek için, bir uzlaşmazlık halinde, başkana kendisinin de seçime gitmesi koşuluyla, yasama organını feshetme yetkisinin verilebileceğini veya yasama organına, yine kendisinin de seçime gitmesi koşuluyla başkanı düşürebilme yetkisinin tanınabileceğini söylemektedir (58). Ancak, bizce sistemi parlamenter sisteme yaklaştıran bu tür zorlamalar yerine, sorunları doğrudan parlamenter sistem içinde çözmeye çalışmak daha isabetli olacaktır. Kaldı ki, bir bakıma bu öneriye benzer bir sistemi 1996 yılından beri uygulayan İsrail’de, anılan yöntem dört yıl içinde iki hükümet krizinin ortaya çıkmasını ve seçimlere gidilmesini de önleyememiştir (59).

Başkanlık sisteminde başkan ile yasama organı arasında doğabilecek görüş ayrıklığı ve tıkanlıkların benzeri, yarı-başkanlık sisteminde Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında da yaşanabilir. Çünkü, bu sistemde, hükümetin yasama organının güvenine sahip olması gerektiğinden, Cumhurbaşkanının, hükümeti kurarken yasama organındaki çoğunluğu dikkate

---

fense of Presidentialism: The Case of Chile, 1932-1970”, *Presidentialism and Democracy in Latin America* (ed. Scott Mainwaring and Matthew Soberg Shugart), Cambridge University Press, s.317-319.

(58) VEDEL (1993): s.101.

(59) İsrail’in 1992 yılında kabul ettiği ve Başbakanın doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören yeni bir Temel Kanun uyarınca, yasama organı Knesset, Başbakanı güvensizlik oyu ile düşürürse, kendini de feshetmiş oluyordu. Buna karşılık, Başbakan, Knesset’i feshederse, kendisi de düşmüş oluyor ve her iki durumda ülke, hem Knesset için, hem de Başbakan için seçime gidiyordu. Bu sistemin eleştirisi için bkz. HAZAN (1996): s.21-36; HAZAN, Reuven – DISKIN, Abraham: “The 1999 Knesset and prime ministerial elections in Israel”, *Electoral Studies*, Volume 19, Number 4, December 2000, s.628-637. Bu tebliğin sunulmasından sonra, basım sırasında, İsrail sözü edilen sistemi değiştirmiş ve Başbakanın doğrudan halk tarafından seçilmesinden vazgeçmiştir. Bu konuda bkz. BLOCH, Daniel: “Good riddance”, *The Jerusalem Post Internet Edition*, March 11, 2001, (<http://www.jpost.com/Editions/2001/03/11/Opinion/Opinion.22707.html>).

alması gerekir. Böyle olunca da, Cumhurbaşkanı ile yasama organındaki çoğunluk ve bu çoğunluğa göre oluşan hükümet farklı siyasal görüşte olduklarında, değinilen tıkanıklıkların ve krizlerin yaşanması ihtimali artacaktır. Bu nedenledir ki, Sosyalist Parti lideri Mitterrand 1981 yılında yedi yıllığına Cumhurbaşkanı seçildiğinde, ilk yaptığı işlerden biri, merkez sağda yer alan Başbakan Barre ve hükümetinin istifasını kabul edip, sosyalist bir hükümet oluşturmak ve Millî Meclisi feshederek, halktan Mecliste yeni hükümeti destekleyecek sol bir çoğunluk sağlamalarını istemek olmuştur (60). Ancak, Millî Meclisin beş yıllık dönemi tamamlanıp, yeni seçimlerden sonra çoğunluğu merkez sağ elde edince, sosyalist Cumhurbaşkanı Mitterrand, sağcı Chirac'ı hükümeti kurmakla görevlendirmek zorunda kaldı. Böylece, V. Cumhuriyet döneminin ilk *cohabitation*'u, yani birarada yaşamak durumu da başladı. 1988'de Cumhurbaşkanı'nun görev süresi olan yedi yıl dolunca, Cumhurbaşkanlığı seçimini yine Mitterrand kazandığında, tekrar Meclisi feshettiğini ve seçimlerde Sosyalist Parti çoğunluğu sağladığından *cohabitation*'un sona erdiğini görüyoruz. Sosyalist bir Cumhurbaşkanı ve sosyalist bir hükümet birlikteliği Millî Meclisin beş yıllık dönemi tamamlanıncaya kadar sürecekti. Ancak beş yılın sonunda Mecliste çoğunluğu yine merkez sağ sağlayınca, Cumhurbaşkanı'nun görev süresinin dolacağı 1995'e kadar ikinci *cohabitation* dönemi başlıyordu: "Solcu Cumhurbaşkanı Mitterrand ve sağcı Başbakan Chirac". 1995 yılında yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerini Chirac'ın kazanmasıyla, *cohabitation* dönemi de sona ermişti. Artık, Cumhurbaşkanlığı da, yasama çoğunluğu ve ona bağlı olarak hükümet de merkez sağda idi. Ancak, 1997 yılında genel seçime daha bir yıl olmasına rağmen, Cumhurbaşkanı'nun meclisi feshetmesi üzerine yapılan seçimlerden sonra merkez sağ Millî Mecliste azınlığa düşünce, o tarihten bu yana Fransa'da yine bir *cohabitation* sürmekte: Sağda Chirac'ın cumhurbaşkanlığı ve solda Jospin'in koalisyon hükümeti (61). Machin'in deyişiyle, *cohabitation*, cumhurbaşkanlığı deni-

(60) MACHIN, Howard: "Political Leadership", *Developments in French Politics* (ed. Peter A. Hall, Jack Hayward, Howard Machin), Revised Edition, The Macmillan Press Ltd., Hong Kong 1994, s.102.

(61) HEWLETT, Nick: *Modern French Politics, Analysing Conflict and Consensus Since 1945*, Polity Press, 1998, s.63-70, 217-218.

zinde bir başbakanlık adası değildir (62). Kuşkusuz, *cohabitation* sırasında da, Cumhurbaşkanı ile Başbakanın aynı siyasal partiye mensup olmaları halinde de, Başbakanın özellikle dış politika ve millî savunma dışında kalan alanlarda birçok yetkisi vardır ve bu yetkilerini kullanırken Cumhurbaşkanı ile farklı düşündüğü durumlar olabilir. Ancak, yine de *cohabitation* sırasında görüş ayrılığının daha fazla olması, bazı sorunların yaşanması doğaldır. İşte, biraz da bu nedenle, 2000 yılının Eylül ayında gerçekleştirilen bir anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının görev süresi yedi yıldan beş yıla indirilmiştir. Böylece 2002'de hem Cumhurbaşkanı, hem de Millî Meclis seçimleri yapılacak (63) ve ölüm veya istifa gibi nedenlerle Cumhurbaşkanlığı makamı daha erken boşalmazsa, ya da meclis daha erken Cumhurbaşkanınca feshedilmezse, 2002'yi izleyen her beş yılda bir Cumhurbaşkanlığı ve Meclis seçimleri aynı yıl gerçekleştirilecektir. Aynı sıralarda yapılan seçimlerde, Fransa'da Millî Meclis seçimlerinde dar bölgede iki türlü çoğunluk sistemi uygulandığını da dikkate aldığımızda, Cumhurbaşkanı ile yasama çoğunluğunun aynı partiden olmaları beklenebilir. Böylece *cohabitation*'la karşılaşma ihtimalinin bir ölçüde azalacağı söylenebilir (64).

Halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının, Başbakanı görevden alma yetkisinin de bulunduğu bir başka yarı-başkanlık (veya bazı düşünürlerin verdiği adla süperbaşkanlık, başkan-parlamentar) (65) sistemi olan Rusya Federasyonu'nda da, yürütmenin iki kanadı, Cumhurbaşkanı ve Başbakan arasında sorunlar yaşandığı ve bu sorunların birbirini izleyen hükümet değişikliklerine yol açtığı gözlenmektedir. Örneğin, Cumhurbaşkanı

(62) MACHIN (1994): s.105.

(63) 2002 yılında, Cumhurbaşkanlığı seçimi Nisan ayında, yasama meclisi seçimi ise Mayıs ayında yapılacaktır (*Financial Times*, September 19, 2000).

(64) Bu beklentiye işaret eden "Le Monde"daki bir baş makalenin İngilizce çevirisi için bkz. *The Guardian Weekly*, September 28 – October 4, 2000, s.29. Cumhurbaşkanının görev süresinin beş yıla indirilmesine ilişkin Anayasa değişikliğinden bir yıl kadar önce, 21-22 Ekim 1999 tarihinde Galatasaray Üniversitesinde düzenlenen sempozyumdaki tebliğinde MASSOT, bu tür bir görev süresi örtüşmesinin, *cohabitation*'u önleyebileceğine de değinmekteydi (bkz. "La dyarchie hiérarchisée à l'épreuve des cohabitations", *Un président élu par le peuple, une bonne solution ?*, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2000, s.122-123, Türkçe özeti, s.127).

(65) FISH (1997): s.326-327; SHUGART (1993): s.30; GÖNENÇ (1998-b-): s.205-207.

Yeltsin, Mart 1998'de Başbakan Chernomyrdin'i görevden almış ve yerine Kirienko'yu önermiştir. Anayasa uyarınca Cumhurbaşkanının Başbakan olarak önerdiği kişinin yasama organı Duma tarafından onanması gerekmekte; ancak, Duma bu konuda birbirini izleyen üç öneriyi de onamazsa Cumhurbaşkanı tarafından feshedilebilmektedir. Duma, Kirienko'yu ilk iki önerilmede reddetmiş, ancak üçüncü kez önerildiğinde onaylamıştır. Bu onayın fesih endişesi içinde yapıldığı açıktır. Ne var ki, aynı yılın Ağustos ayında, yani daha görevde beş ay dolmadan Yeltsin, Kirienko'yu görevden almış ve yerine daha önce görevden uzaklaştırdığı eski Başbakan Chernomyrdin'i önermiştir. Duma'nın bu öneriyi iki kez reddetmesi üzerine Yeltsin direnmemiş ve bir başka kişiyi, Dışişleri Bakanı Primakov'u önermiştir. Duma'nın 10 Eylül'de onayladığı bu Başbakan da ertesi yılın Mayıs ayında Yeltsin'ce görevden alınmış ve yerine vekaleten Stephashin atanmıştır. Yeltsin, üç ay sonra Stephashin'i de görevden almış ve bu göreve Putin'i getirmiştir (66). Bütün bu atamalar ve görevden almalar sonunda, görev süresinin bitmesinden altı ay önce, 31 Aralık 1999'da bu kez Yeltsin istifa etmiştir (67). Bu anlatılanların özeti şudur: On yedi ay içinde dört başbakan ve sonunda istifa etmiş bir Cumhurbaşkanı. Görüldüğü gibi, halk tarafından seçilen ve Anayasanın bir çok yetki ile donattığı bir Cumhurbaşkanının bulunduğu bir sistemde de, yönetimde hayli ciddi görüş ayrılıkları ve bundan kaynaklanan hükümet krizleri yaşanabilmektedir.

Belirtilen bütün bu hususlardan sonra görülmektedir ki, başkanlık sisteminin de, yarı-başkanlık sisteminin de önemli sakıncaları vardır. Bize göre başkanlık sistemindeki sakıncalardan en önde geleni, yasama organı ile yürütme organı arasında ortaya çıkabilecek görüş ayrılıklarında sistemin tıkanmasıdır. Bu tür bir tıkanıklığı çözecek tek yol, uzlaşmadır. Uzlaşma kültürünün gelişmediği ülkelerde, başkanlık sisteminin sağlıklı bir şekilde

(66) WHITE, Stephen: *Russia's New Politics*, Cambridge University Press, 2000, s.85-87; McFAUL, Michael: "One Step Forward, Two Steps Back", *Journal of Democracy*, Volume 11, Number 3, July 2000, s.20-25; KHRUSHCHEV, Sergei: "Russia after Yeltsin: A Duel of Oligarchs", *Mediterranean Quarterly*, Volume 11, Number 3, Summer 2000, s.2-5. Ayrıca bkz. TIME, August 23, 1999, s.12-14.

(67) WHITE, Stephen: "Russia, Elections, Democracy", *Government and Opposition*, Volume 35, Number 3, 2000, s.312-313.

de işleyebilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, bu sistemin, uzlaşma kültürünün gelişmiş olduğu Amerika Birleşik Devletleri'nde bile zaman zaman sorunlara yol açtığı bilinmektedir. Günümüzün ünlü siyasal bilimcilerinden Linz'in dediği gibi, "Amerikan sistemi, Birleşik Devletler'in başkanlık anayasası nedeniyle değil, bu anayasaya rağmen işlemektedir" (68). Bu nedenle, biz başkanlık sisteminin ülkemizde başarılı olabileceğini sanmıyoruz (69).

Başkanın, yasama organını feshetme ve çıkaracağı kararnamelerle yasal düzenlemeler yapma yetkisinin bulunduğu bir süper başkanlık sistemini ise, demokrasiyi zorlayacak bir model olarak görüyoruz. Bu denli yetkilerle donatılmış bir başkanın, kendisinininkilere karşı olan düşünceleri tamamen veya büyük ölçüde susturmak istemeyeceğini; bir başka deyişle, demokrasinin vazgeçilmez koşulu olan çoğulculuğa saygılı olacağını düşünmek, bize kolay görünmemektedir. Bu yüzden, demokratik sistemi zorlama olasılığının yüksek olduğu bu tür bir modeli ülkemizde denemeye kalkışmanın uygun olmayacağını düşünüyoruz (70).

Yarı-başkanlık sistemine gelince, bu sistemin işleyişi, yasama çoğunluğu ile halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanının aynı veya farklı siyasal partilere mensup olmalarına göre büyük ölçüde değişecektir. Yasama ço-

---

(68) LINZ, Juan J.: "Parlâmentarizmin Erdemleri"(Çeviren:Levent Köker), *Demokrasi-nin Küresel Yükselişi* (Derleyenler: Larry Diamond ve Marc F. Plattner), Yetkin Yayınları, Ankara 1995, s.181.

(69) TOSUN-TOSUN (1999): s.123-128; CANIKLIOĞLU (1999): s.200; YAVUZ (2000): s.538-539. ÖZER, ülkemizde siyasal istikrara ve etkin bir yönetime ulaşmanın yolunun hükümet sisteminden geçmediğine işaret etmekte ve sosyo-kültürel yapıyla, demokratik rejim anlayışımızı değiştirmedığımız takdirde, başkanlık sisteminin, yönetimde istikrarı sağlayamayacağını ve demokratik bir sonuç doğurmayacağını belirtmektedir. Bkz. ÖZER, Attila: *Başkanlık Hükümeti Sistemi ve Bu Sistemin Türkiye Açısından Uygulanabilirliği*, 2.Baskı, Ankara 1998, s.103-106. Ayrıca bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö.; *Anayasa ve Toplum*, İmge Kitabevi, Ankara 2000, s.63-67. Başkanlık sistemini tercih etmemizi savunan bir görüş için ise bkz. KUZU, Burhan: *Türkiye İçin Başkanlık Sistemi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1997; KUZU, Burhan: "Neden Başkanlık Hükümeti", *Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı*, İstanbul Üniversitesi Yayını, İstanbul 1999, s.141-178.

(70) Yukarıda, dipnot 15'te değinildiği gibi, GÖZLER'in ülkemiz için önerdiği modelin bu tür bir süper-başkanlık sistemi olduğu söylenebilir. Bkz. GÖZLER (2000): s.25-46.

ğunluğu ile Cumhurbaşkanı aynı siyasal partiye mensup iseler, yasama organına karşı siyasal sorumluluğu bulunduğu için, yürütme organının ikinci kanadını oluşturan başbakan ve bakanlar da aynı siyasal partinin mensubu olacaklardır. Bu durumda sistem büyük ölçüde Cumhurbaşkanı eksenli işleyecektir (71). Bu yapılanmada, belki istikrar ve etkinlik sorunu bulunmayacaktır; ama, sistem, kazananın her şeyi kazanmış, kaybedenin ise her şeyi kaybetmiş olmasının sakıncalarını taşıyacaktır. Özellikle, siyasal açıdan parçalanmış bir toplumda, bu tür iktidar toplanması, tarafsız bir Cumhurbaşkanı'dan beklenebilecek hakemlik işlevi de söz konusu olamayınca, sistemin demokratikliği ve meşruluğu üzerinde tartışmalara yol açacaktır. Kaldı ki, bu sistemde, halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile yasama çoğunluğu ve ona bağlı olarak hükümetin aynı siyasal kanttatta yer almaları sadece bir olasılıktır. Bu olasılığın gerçekleşmediği, yani Cumhurbaşkanı ile yasama çoğunluğu ve hükümetin ayrı siyasal partilere mensup oldukları bir durumda, politika üretiminde ortaya çıkabilecek görüş ayrılıkları ve çatışmalar, sadece Cumhurbaşkanı ile yasama çoğunluğu arasında değil, ama aynı zamanda Cumhurbaşkanı ile hükümet arasında da yaşanacaktır (72). Bu da, haliyle yönetimin etkinliğinde sorunlara ve giderek belki de bir krize yol açacaktır. Bu nedenle, bize göre yarı-başkanlık sisteminin de ülkemize uygun olacağı söylenemez (73).

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi, fakat yetkilerinin, parlamenter sistemdeki Cumhurbaşkanlığı yetkilerini aşmayacak bir şekilde, sınırlı tutulması yolundaki düşüncelere de sıcak bakmıyoruz. Bu konuda, bizce şu sorular sorulmaya değer: Cumhurbaşkanı ancak çok sınırlı ve büyük ölçüde törensel nitelikte yetkilere sahip olacaksa, doğrudan halka seçtirip, ona çok geniş bir meşruiyet temeli sağlamanın ne yararı olacaktır? Böyle bir Cumhurbaşkanının o çok sınırlı yetkileri bile, doğrudan halk

(71) ARON, Raymond: "Alternation in Government in the Industrialized Countries", *Government and Opposition*, Volume 17, Number 1, 1982, s.8.

(72) VEDEL (1993): s.99-100; İNCİOĞLU (2000): s.39; TOSUN-TOSUN (1999): s.116.

(73) TOSUN-TOSUN (1999): s.129-132; YAVUZ (2000): s.534-544; KABOĞLU (2000): s.63-67. DEMİR, bir Anayasa değişikliği ile, Cumhurbaşkanının görev süresinin yasama dönemi gibi beş yıla indirilmesinin; bu yapılmayıp, görev süresi şimdiki gibi yedi yıl olarak kalacaksa, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesinin ve yetkilerinin artırılmasının isabetli olacağı görüşündedir. Bkz. DEMİR (1998): s.55-57.

tarafından seçilmiş bir kişi olmanın verdiği güç duygusu içinde sonuna kadar kullanmaya çalışmayacağı, hatta Anayasanın kendisine tanıdığı yetkilerin sınırlarını zorlamak istemeyeceği garanti edilebilir mi? Kaldı ki, milyonlarca seçmen karşısında adaylığını koymuş bir kişinin seçilmesi için siyasal partilerin bir kısmının destek olup, halktan ona oy vermelerini istemeleri de doğal olacağına göre, seçilmesi durumunda bu Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığından, partiler üstü bir konumda bulunduğundan söz edilebilir mi? Bu sorulara her zaman olumlu bir yanıt verilebileceğini sanmıyoruz. İrlanda Cumhuriyeti, Bulgaristan ve bir bakıma Avusturya'da, halk tarafından seçildikleri halde Cumhurbaşkanı'nın sembolik bir konumda olmaları, başka ülkelerde de böyle olacağı anlamına gelmeyeceği gibi; doktrinde bu ülkeleri parlamenter sistemin değil, fakat yarı-başkanlık sisteminin örnekleri arasında görenlerin var olduğunu da unutmamak gerekir (74). Ayrıca, böyle bir olasılık ülkemiz açısından değerlendirildiğinde, 1982 Anayasası uyarınca Cumhurbaşkanı klâsik bir parlamenter sistemdeki devlet başkanına oranla hayli fazla yetkiye sahip olduğundan, başka hiçbir değişikliğe gidilirse, sadece Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi öngörülse bile, böyle bir değişiklik, sistemin bir yarı-başkanlık sistemine dönmesine yetecektir. Bu sistemin hemen yukarıda değindiğimiz sakıncalarını dikkate aldığımızda, biz, Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesinden ibaret bir değişikliğin de uygun olmayacağını düşünüyoruz.

O halde ne yapmalı? Bu sorunun bize göre kısa yanıtı, deneyimimiz olmayan sistemlere yönelmek yerine, bazı değişikliklere gitmek koşuluyla parlamenter sistemde kalmalıyız şeklinde verilebilir. Bizce, yapılması gereken değişikliklerin başında, Alman ve İspanyol Anayasalarının öngördüğü "kurucu güvensizlik oyu"nun (75), bizim Anayasamıza da getirilmesidir. Gerçekten, ülkemizde siyasal açıdan hayli parçalanmış bir toplumsal yapı olduğuna göre, koalisyon hükümetleri ile yaşamaya alışmamız gerekecektir. Bunun, toplumun daha geniş kesimlerinin yönetimde temsil edilmele-

(74) ELGIE'nin editörlüğünü yaptığı ve Avrupa'daki yarı-başkanlık sistemlerini teker teker inceleyen kapsamlı bir yapıt içinde, Avusturya'ya, İrlanda Cumhuriyeti'ne ve Bulgaristan'a da yer verilmektedir. Bkz. ELGIE (1999): s.22-47, 104-123, 124-149.

(75) Bkz. 1949 tarihli Alman Anayasasının 67. maddesi ve 1978 tarihli İspanya Anayasasının 113. maddesi.



ini sağlamak gibi olumlu bir yönü varsa da, hükümet krizlerine yol açmak gibi sakıncası da söz konusudur. İşte, kurucu güvensizlik oyu, bu sakıncayı büyük ölçüde azaltacaktır. Çünkü, bilindiği gibi, bu tür bir güvensizlik oyu ile mevcut hükümeti düşürmek isteyenlerin, yeni başbakan üzerinde de anlaşmaları gerekecektir. Böylece, güvensizlik oylaması ile hükümet düşürüldüğü anda, yeni başbakan da belirlenmiş olmaktadır. Bu kurum sayesinde, sadece olumsuzda, yani hükümetin düşürülmesinde anlaşmış olmak yetmemekte, fakat olumluda, yani yeni başbakanın kim olacağına da anlaşmak gerekmektedir. Bir diğer değişiklik olarak, Başbakanın görev sırasında istediği güvenoyunu alamaması veya bir başka nedenden ötürü istifa etmesinden sonra, yeni hükümet kurulamadığında yasa organı seçimlerinin yenilenmesine karar verilebilmesi için aranan kırk beş günlük sürenin kısaltılıp, örneğin otuz güne indirilmesi ve bu sürede yeni hükümetin kurulup güvenoyu almasının istenmesi düşünülebilir. Böylece, hükümet krizinin daha kısa sürede çözümlenmesi özendirilmiş olacaktır. Nihayet, Cumhurbaşkanının Anayasanın 104. maddesinde öngörülen yetkilerinde sınırlandırmaya gidilip, parlamenter sistemlerde, sorumsuz devlet başkanlarının kullanmasının olağan karşılandığı bir çizgiye çekilmesi de düşünülmelidir (76).

- (76) Nitekim, Cumhurbaşkanı Sayın Sezer de, Anayasa Mahkemesi Başkanı iken Anayasa Mahkemesinin kuruluşunun 38. yılı nedeniyle 25 Nisan 2000 tarihinde düzenlenen törende yaptığı konuşmada, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin fazla olduğuna dikkat çekmekte ve "...Anayasa'nın 104. maddesinde Cumhurbaşkanına verilen yetkiler, parlamenter demokrasinin sınırlarını aşmaktadır. Oysa, demokratik devlet düzeninde, ulusal iradeyi temsil eden parlamento dışında sorumsuz bir Cumhurbaşkanının yönetimi paylaşması ve tek başına önemli yetkiler kullanması kabul edilemez..." demektedir (Anayasa Yargısı, 17, Anayasa Mahkemesi Yayınları, No. 42, Ankara 2000, s.15). 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının yetkileri ile ilgili olarak, bkz. HEPER, Metin – ÇINAR, Menderes: "Parliamentary Government with a Strong President: The Post-1989 Turkish Experience", *Political Science Quarterly*, Volume 111, Number 3, 1996, s.483-503; ÖZBUDUN, Ergun: "The Status of the President of the Republic under the Turkish Constitution of 1982: Presidentialism or Parliamentarism", *State, Democracy and the Military Turkey in the 1980s* (Ed. Metin Heper and Ahmet Evin), Walter de Gruyter, Berlin, New York 1988, s. 37-45; ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2000, s.309-318, 329-340; GÖREN (1997): s.224-236,148-150; GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, Üçüncü Baskı, Ankara 1998, s.273-278; CANIKLIOĞLU (1999): s.184-185, 203; YAVUZ (2000): s.536-537.

Sayın Erdal Onar'a teşekkür ediyoruz.

Dinleyicilere söz vermeden önce, ben de birkaç cümle söylemek istiyorum. Erdal Onar'ın görüşlerine aynen katılıyorum, zaten baştan beri aynı paralellikte, aradaki müdahalelerim böyleydi. Türkiye'de özellikle aranan açısından istikrar arıyorsak, yani istikrarlı hükümet arıyorsak, bunu da sadece devamlılık olarak düşünmememiz gerekir; etkinlik onun kadar önemlidir, yani o hükümet parlamentodaki çoğunluğuyla kanun yapabilmelidir. Amerikan sisteminde bunun olamayabileceğini söyledi; başkanla parlamento farklı çoğunluklarda olduğunda sistem tıkanır. Oysa parlamenter sistemde, hükümet olduğu sürece, parlamento çoğunluğu da olacaktır. Sayın Onar'ın söylediği, Almanya'daki ve İspanyadaki kurucu güvensizlik oyu, bu konuda daha garantici bir yaklaşımdır. Diyor ki, "bulun yeni Başbakanı, düşürün hükümeti." Tek oylamada eski Başbakan düşerken, yeni Başbakan güvenoyu almış oluyor. Bu modelde hiç hükümete kalmanız mümkün değil. Hükümet olduğu için, hep parlamentoda çoğunluğu da var, yani etkin olma ihtimali de var, bir yararı. İkinci yararı, başkanlık sisteminde kazanan hep kazanıyor, kaybeden hep kaybediyor; 4 yıl bekliyorsunuz. Bu, özellikle plüralist, çoğulcu yapıli toplumlarda, Türkiye gibi- insanları umutsuzluğa itme özelliğine sahiptir. Oysa parlamenter sistemlerde koalisyonlara o kadar olumsuz bakmamak gerekir. Koalisyonlar, farklı görüşlerin iktidarı ele geçirme fırsatını yakalama ve sisteme bağlı kalmalarını sağlama özelliği de taşır. Dolayısıyla "kazanan hep kazanmıştır, kaybeden hep kaybetmiştir" formülü parlamenter sistemde yoktur ya da daha zayıftır; çünkü her an yeni koalisyonlar, yeni oluşumlar ihtimali vardır. Bu da Türkiye gibi çoğulcu yapılanması olan ve böyle devam edecek olan ülkede, siyasal partileri sisteme bağlı tutan önemli bir fonksiyon yerine getirecektir diye düşünüyorum.

Son olarak, anayasa ile ilgili, 5 artı 5'in ben de son derece yanlış olduğu kanaatindeyim, bu 24'e geri dönüştür, bunu neden yaptığımızı anlayamıyorum. 5 artı 5, Cumhurbaşkanının sorumsuzluğu kadar, parlamenter sis-

temlerdeki tarafsız Cumhurbaşkanı için önemli bir unsurdur. Aksi halde, parlamentodaki çoğunluklar, -iki arkadaşım da söylediler- kendi Cumhurbaşkanı seçecektir, bu 24 demektir. O bakımdan 5 artı 5 yanlıştır, yani parlamentonun seçim dönemiyle Cumhurbaşkanının seçim dönemi koşutluğu, parlamenter sistemde tarafsız Cumhurbaşkanı engelleyen olumsuz bir değişiklik olacaktır. İkincisi, Cumhurbaşkanının yetkileri 82 Anayasasında bana göre de sınırlanmalıdır, artı belirginleştirilmelidir. Esasen 82 Anayasasının Danışma Meclisi metninde, Cumhurbaşkanının hangi yetkileri tek başına kullanacağı vardı. Milli Güvenlik Konseyi, Danışma Meclisinin metninde iki maddeyi birleştirirken bunları birbirine karıştırdı ve şimdiki hüküm ortaya çıktı, şimdi bir belirsizlik var; hangileri Cumhurbaşkanı tek başına kullanır, hangileri kullanmaz belli değil. Cumhurbaşkanının yetkileri, ideal olan, krala yakın olandır dedim, sembolik yetkilere sahip olmalıdır. Elbette ki parlamento seçse dahi, birtakım yetkileri olacaktır, Almanya örneği gibi; fakat bu mütevazı sembolik yetkileri olmalıdır ve kesinlikleri hangileri tek başına kullanabileceği belirtilmelidir ki, ilerde -bugün olduğu gibi- bir yetki sürtüşmesi söz konusu olmasın diye düşünüyorum.

Efendim, sanıyorum konuşmacıların değerlendirmeleri burada sona erdi. Şimdi bir de dinleyicilerden soru sormak ya da düşüncesini ileri sunanlardan -zannediyorum Oturum 13.00'da bitiyor, bir 40 dakikamız var- bu süreç içerisinde soruları alalım.

Buyurun.

## Mustafa Yıldız

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Bu fırsatı bana verdiğiniz için teşekkür ederim Sayın Başkan.

Benim hem bir soru ve sorun ortaya atma, bir de buna çözüm önerme şeklinde bir açıklamam olacaktır.

Parlamente sistemlerde yasa yapılıırken, parlamento içi uzlaşmazlık, anlaşmazlık için bir çözüm öngörölmüştür. Bu çözüm, Anayasa yargısı çözümdür. Parlamentodaki azınlık yasayı benimsemediği taktirde, Anayasa Mahkemesine gidebilir ve orada bir tıkanma söz konusu değildir. Ancak parlamente sistemlerde kurumsal çoğulculuğun bir başka organı yürütmedir. Yürütme içinde bir kriz olduğu zaman; ki sanıyorum tüm konuşmacıların üzerinde yoğunlaştıkları konu budur, aslında yürütmenin yasamaya dayandığı, yasama çoğunluğuna dayandığı ve Cumhurbaşkanıyla bir çekişme halinde tıkanıklığın olduğunu belirtmeye çalıştılar ve bunu çözmek için yarı başkanlık, başkanlık ve parlamente sistemler üzerinde duruldu.

Bence yürütmenin iki başı arasında, Cumhurbaşkanıyla Başbakan arasında bir uzlaşmazlık, bir kriz olduğu zaman, çözüm iki şekilde gerçekleşebilir: Bunlardan bir tanesi, kanun hükmündeki kararname krizinde olduğu gibi olmuştur, yürütmenin bakanlar kurulu geri adım atmıştır, onu yasalastırmak suretiyle o önerilerini, kanun hükmünde kararnameler şeklinde yürürlüğe geçirmek istediği kuralları yasa şekline dönüştürmek suretiyle çözümü siyasal alanda gerçekleştirmek istemiştir. Eğer yürütmenin bakanlar kurulu kanadı ısrar etseydi, o zaman bir tıkanıklık olacaktı. İşte orada bir çözümsüzlük söz konusudur. Bana göre çözüm, yargısaldır; yürütme organı içinde de bir uzlaşmazlık olduğu taktirde, onun çözüm yeri yarı başkanlık sisteminde de olsa, parlamente sistemde de olsa, yargısal olmalıdır, Anayasa Mahkemesi yoluyla bu çözüm gerçekleştirilmelidir.

Az önce siz de söylediniz; Cumhurbaşkanı'nın yetkileri somutlaştırılmalıdır ki, uzlaşmazlık ortaya çıkmasın, tartışma çıkmasın. Ne kadar somut olursa olsun, bir Cumhurbaşkanı direndiği taktirde, karşı taraf, yani bakanlar kurulu da direndiği taktirde, bir kilitlenme söz konusu olacaktır. Bunun çözüm yolu, parlamento içindeki çözümsüzlükte olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi olmalıdır. Anayasa Mahkemesine yürütme içinden, organ içi çözümsüzlüğü organ içi çözüme dönüştürmek için Anayasa Mahkemesi devreye sokulmalıdır.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Mustafa Yıldız, soru değil, ek açıklamalarda bulundu.

Başka söz hakkı almak isteyen...

Yalnız ricamız, bir tebliğe dönüşmesi iyi olur; çünkü daha fazla insanların soru sorma imkânı olabilsin diye düşünüyorum.

## Av. İsmet Güneş

---

Van Barosu

Sayın Batum, siyasal iktidarın paylaşımını açıklarken, siyasal iktidarın yargı tarafından da paylaşılmasını, giderek denetlenmesi tümcesiyle birlikte paylaşımını belirtti. Ancak, doğrusu Sayın Batum'un bu değerlendirmesine katılmayı kendi açımdan olanaklı göremiyorum; şöyle ki: Türkiye'de yargının içinde, yargı erkinin içinde halk yok. İçinde halkın olmadığı bir gücün siyasal iktidarı denetlemesi, onun gücünü paylaşması kabul edilemez. Esasen yargı erkinin içinde savunmanın da bulunmadığı, hem fiilen, hem Anayasamız açısından bulunmadığı da buna eklendiğinde, siyasal iktidarın yargı tarafından da, yargı ile de denetlenmesi ve gücünün yargıyla paylaşılması kabul edilemez. Ben, sorumu sormadan önce şunu da ilave etmek istiyorum ve bu kurultaya bir katkı olması bakımından belirtmek istiyorum: Kanımca, tartışılması gereken, demokrasinin eksiksiz işlemesi bakımından tartışılması gerekir; liderler oligarşisine son vermek, böyle bir oligarşi sona erdiğinde, zaten parlamento siyasal iktidarı denetleyecektir. Diğer taraftan en önemli olgu, askerlerin siyasal otoritenin tartışılmaz kontrolüne alınması gereğidir. Eğer bu Anayasa Kurultayı bir fayda sağlayacaksa, yapılacak anayasa çalışmalarında bu zeminde oluşan fikirler orada ele alınacaksa, yararlanılacaksa; Türkiye bağlamında en önemli konunun, gelişmiş tüm demokrasilerde olduğu gibi, askerlerin siyasal otoritenin mutlak kontrolüne, ama mutlak kontrolüne alınması gereğidir. Siyasal iktidarı denetleyecek tek gücün de ancak halk olduğu unutulmamalıdır. Bu noktada, askerlerin siyasal otoritenin kontrolüne alınması noktasına Sayın Batum'un görüşlerini almak istiyorum.

Teşekkür ediyorum.

Yıllardan beri Türkiye’de siyasal rejim tartışılıyor; “Bu siyasal rejim içerisinde Cumhurbaşkanının rolünü arttıralım mı, yarı başkanlık mı, başkanlık mı, siyasal sistem ne olsun”, bunları tartışıyoruz. Bugün geldiğimiz nokta şu: Meslektaşlarımızın da bir bölümü, buna katılıyor; diyorlar ki, “Siyasal sistem içinde Cumhurbaşkanını bugün olduğundan biraz daha geri çekelim; yani Anayasadaki yetkilerini daha da azaltalım, 82 Anayasasındaki yetkilerini daha da azaltalım.” Bana göre, iktidarın da -siyasal sistem içinde bugünkü konjonktür nedeniyle somut veri olarak görüyorum- öne sürdüğü çözüm, Cumhurbaşkanının yetkilerini azaltmak. Ancak, onlar aynı yerden yola çıkıyorlar demiyorum, ama somut veri olarak karşımdaki, Cumhurbaşkanının siyasal sistem içindeki rolünü azaltmak ve bir de üstelik süresini 5 artı 5 gibi, siyasal sistemin içinde tamamıyla siyasal iktidarla beraber kaynayacağı formülasyon içine hapsedmek. Bu somut veriden yola çıktığım zaman, siyasal rejim tartışmaları bugün için bence bu bana göre doğru değildir diyorum. Cumhurbaşkanının siyasal sistem içerisindeki rolünü, “Anayasadaki yetkilerini daha da azaltalım” formülü, bana göre bugün geçerli olan veya gerekli olan bir formül değildir, farklı görüşlerin olması gayet doğal.

Kurucu güvensizlik oyu harika bir formül; ama bugün bizim sorunumuz, bence kurucu güvensizlik oyu değil. O, rasyonelleştirilmiş parlamenter rejimin yöntemlerinden bir tanesidir. Belki 61 Anayasası döneminde bunu tartışsaydık, çok etkiliydi. Onu ekleyebiliriz, “eklemeyelim” demiyorum; ama bugün hükümetler, hiç öyle 61 Anayasası döneminde olduğu gibi aylarca süren krizler haline dönüşmüyor. Anayasadaki bir formül, öyle veya böyle hükümet krizlerinin çok fazla sürmemesini, sonuç itibarıyla partilerin belli bir noktada uzlaşmaları sonucunu doğuruyor. Siz, 82’den beri hiç aylarca süren, böylece devrildiği için yeniden hükümet kurulamaması ve bu nedenle ayların geçirildiği bir kriz biliyor musunuz ki, bunlara çözüm olarak şimdi kurucu güvensizlik oyunu getirelim? Ben, somut veriler üstünden yola çıktığım için, kurucu güvensizlik oyu bugün için harika bir formül; ama bugünün sorunlarına çözüm getirebilecek bir formül değil diye görüyorum.

Birinci çözüm şu: "Olduğu gibi bırakalım, parlamenter rejim devam etsin, bir gün kendini düzeltir." İkinci formül şu: Hükümet de öyle veya bunu istiyor; "Cumhurbaşkanının yetkilerini azaltalım ve de Cumhurbaşkanını da zaten 5 artı 5 formülüyle her meclisin kendi iktidarını seçebileceği bir Cumhurbaşkanı haline dönüştürelim." Ben, ona karşılık diyorum ki, sorun bu değil, bence tam tersine. Amacım da şu: Evet, ben sevgili meslektaşımızın söylediği gibi, siyasal iktidarı denetlemek ve paylaşmak dedim. Çünkü bana göre, denetlemek mutlaka sonuç itibariyle paylaşmayı getiriyor. Sivil toplum örgütleri de mutlaka başka yoldan etki ederken, bir yonde iktidarı paylaşıyorlar. Bence günümüzde demokratik sistemin özelliği, seçimle gelmek değildir tek başına; onun çoğulcu bir şekilde kullanılmasıdır, katılımcı bir şekilde kullanılmasıdır. Bu nedenle, -ben yine aynı kanaatteyim- demokratik sistemde yargı, demokratik sistemde sivil toplum örgütleri siyasal iktidarı denetlerler, etkilerler ve o yüzden siyasal iktidarın, iradenin oluşumuna katılırlar; yargıyı bu anlamda kullandım. İşte bu yonden diyorum ki, Cumhurbaşkanının yetkileri değiştirilebilir. Denetimi yönünde hiç tartışma yok, ben de aynı şeyi söyledim, mutlaka denetlenmelidir; hele yetki veriyorsanız, denetlenmelidir. Ancak, gerektiğinde halkı siyasal sistemin içine sokabilecek birtakım yetkiler Cumhurbaşkanına verilmeli. Aynı zamanda arbit, hakem rolünü oynayacağı, belirli atamalarındaki kararnamelemlerin imzalanmasındaki, yani iç politikanın belirli alanlarındaki yetkileri muhafaza edilmeli, hatta hatta atama alanlarındaki yetkileri kesinlikle geri alınmayacak şekilde devam ettirilmelidir; ama bunların tabii ki denetimi olmalıdır. Son dönemlerde tartışıyoruz; Cumhurbaşkanı bu yetkileri nasıl kullanıyor, nasıl kullanmıyor diye.

Cumhurbaşkanına yetkiler, kişiliklerine bağlı olarak verilmesi gerektiği kanaatinde değilim; mutlaka statü olarak, makam olarak bir yetkiyi tanırsınız, o yetkiyi kullanacak kişinin kişiliğinden bağlı olarak denetimini mutlaka getirirsiniz, hukuk içinde kalması için. Ancak, ben, sistemin içinden Cumhurbaşkanının mutlaka ciddi bir hakem rolünü oynayacağı bir konumda yer alması gerektiği kanaatindeyim. En azından Türkiye'de siyasal sistem diğer katılım kanallarını açıncaya kadar. Aksi ne oluyor? Yine söylüyorum; kanun hükmünde kararname krizinde de çıktı, af konusunda da çıktı, her konuda da çıkabiliyor.

Çok enteresan bir şey; Cumhurbaşkanının bugün için kurucu güvensizlik oyunun getirilmesiyle önlenecek bir çözüm olduğu kanaatinde değilim. Sayın Başbakan, kanun hükmünde kararname krizi sırasında şunu söyledi: Dedi ki, "Merak etmeyin, bu yetkileri alacağız; ama hepsini kullanmayız." Başbakanın söylediği, hukuk devletinde hepsini alıp da şimdiden kullanmayacağı yetkileri Başbakana tanımaktan, bana göre denetimli, çerçevesi çizilmiş, siyasal iktidarı hakemlik rolüyle paylaşacak bir Cumhurbaşkanına yetkiler vermekten daha az tehlikeli değildir. Bu nedenle, Cumhurbaşkanını bu sistemin içine katmak lazım. Tabii ki denetimli olacak, bunda hiç tartışma yok. Bu sayede, değerli arkadaşımızın söylediği gibi, Türkiye'de liderlere bağlı partiler olgusunun dışında ortaya çıkan tek faktör, Anayasa Mahkemesini çıkartırsanız, Cumhurbaşkanını çıkartırsanız, maalesef tek olgu askerler varmış gibi gözüküyor ki, bu da demokratik bir sistemde olması gereken bir çözüm tarzı değildir. Bunu da bana göre kurucu güvensizlik oyu gibi, bugün için birtakım rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmalarıyla çözebilmek yeterli değildir. Ancak, üstüne basarak, vurgulayarak söylüyorum, -çünkü yanlış anlaşıldı herhalde- sorumsuz, denetimsiz, Cumhurbaşkanının istediği gibi kullanabileceği yetkileri alması kanaatinde değilim; ama mutlaka ve mutlaka bu ortamda yetkilendirilmesi kanaatindeyim.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim.

Buyurun.

## Yıldızhan Yayla

---

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Belki bir çerçeveleyici katkısı olur diye birkaç cümle söylemek istiyorum: Demokrasinin ne olduğunu biliyoruz, ayrıca tartışmaya gerek yok; ama

---



bir şey daha biliyoruz ki, demokrasinin iyi işleyebilmesi için bazı zeminlere ihtiyaç var. Bu zeminler, tabii ülkeden ülkeye değişmekle beraber, bazıları ortak. Demokrasinin iyi işlemesi için, ekonominin de iyi olması lazım, en azından gelir dağılımları konusunda önemli uçurumların bulunmaması lazım. Demokrasinin iyi işleyebilmesi için; uzlaşmacı eğitimin, terbiyenin yerleşebilmesi için, kültür düzeyinin yeterli olması lazım. Demokrasinin iyi işleyebilmesi için siyasi partiler olacak; ama rejim aleyhtarı önemli partilerin olmaması lazım ve tabii yine buna bağlı olarak, ülke bütünlüğünün de tehdit altında olmaması lazım ki, biraz evvel Sayın Batum'un söylediği yerel idareler, onların seçtiği kişiler yönetime katkıda bulunsun, katılımcı olunabilsin. Bütün bunların yeterince gerçekleşmediği yerlerde, demokrasi tabii ki bir amaç olarak hep var, üzerinde çalışılıyor; ama daha çok teknik, hukuki çözümlerle uğraşıyoruz. Bunun da faydası olduğuna inanıyorum; çünkü biraz evvel söylediğim bu zeminlerin gerçekleşmesi için zaman kazandıracak, o oluşuma doğru bizi götürecektir. Onun için, bugünden yarına, bir günde, birkaç sihirli formülle bizim özlediğimiz demokrasiyi gerçekleştireceğimizi zannetmemek gerekir. Bu toplantıyı, bu kurultayı öyle kabul ediyorum; teknik hukuki sorunların çözüleceği veya bu çözümlerin kolaylaştırılacağı bir toplantı olarak kabul ediyorum.

Teşekkür ederim, böyle bir hatırlatma yapma ihtiyacı duydum.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim.

Buyurun.

## Bir Fransız Konuk

---

*Fransızca Soru*

*Merci Monsieur le Président. Roussillon est le Doyen de la Faculté du Droit de Toulouse. J'ai participé comme l'a dit le Professeur Bockel à l'organi-*

sation de colloque de Galatasaray l'an dernier. Et je tiens à féliciter les intervenants de ce matin pour la richesse de leurs exposés.

*Le Professeur ONAR a très bien souligné l'importance du consensus, et je vois qu'il y a un consensus à la tribune pour dire que le régime semi-présidentiel est inapplicable en tout cas et n'est pas souhaitable pour la Turquie. Je crois qu'il a parfaitement raison pour la raison très simple que le régime présidentiel, ça n'existe pas. Le concept du régime présidentiel existe. C'est un régime dans lequel un chef d'Etat élu au suffrage universel direct et un premier ministre. Mais dans la réalité, il n'y pas un régime semi-présidentiel. Le Professeur Bockel parlait de la situation de la Finlande, il en a parlé je crois aussi de la Moldavie, à part de quelques petits Etats dont comme l'Islande, l'Irlande ou l'Autriche. No, c'est très bien l'Autriche, c'est très bien le premier ministre, le chancelier qui a le pouvoir, c'est le Chancelier Monsieur Schnussel qui a le pouvoir en Autriche. On sait très bien qu'au Portugal, c'est n'est pas un régime semi-présidentiel en plus, parce que c'est le premier ministre qui a le pouvoir et le Professeur Bockel a très bien pu montrer paradoxalement qu'en France il n'a plus le régime semi-présidentiel. Il a expliqué que lorsqu'il y a une coïncidence de majorité, le chef de l'Etat a un pouvoir absolu, supérieur à celui du Président des Etats-Unis, et en période de la cohabitation, c'est-à-dire de la différence de la majorité, le Président n'a aucun pouvoir et quand même le pouvoir en matières n'est pas une réalité. On le voit bien dans les sommets internationaux où le premier ministre est là, et d'ailleurs la Constitution ne dit pas que le Gouvernement ne termine que la politique interne de la nation qui est la politique de la nation. Donc il n'a pas un régime semi-présidentiel dans la réalité française et actuellement on est en train de réfléchir sur la troisième république présidentielle. En ce qui me concerne, moi je suis le partisan d'un régime parlementaire. Et la Constitution de 58 est parlementaire. C'est la pratique qui a changé. Vous savez, les espagnols lorsqu'ils parlent des portugais disent que c'est l'espagnol mal parlé. La cinquième République, c'est une Constitution de 58 mal appliquée. Donc je crois que pour la Turquie la solution est évidemment parlementaire. Mais le Professeur ONAR a très bien dit que sans doute il fallait instaurer des régimes de modalité de rationalisation du parlementarisme. Rationalisation, lorsque vous avez parlé de la notion de censure constructive allemande. On ne peut*

*renverser le chancelier allemand qu'en élisant le successeur. Je crois que c'est une bonne chose. Oui, nous avons l'article 49(3); c'est un peu la même chose. Quant à la démocratisation des institutions, je pense que j'ai élargi le problème. La démocratisation des institutions n'est passé pas par la critique systématique des partis politiques. Il n'y a pas une démocratie sans partis politiques. Sans doute que la démocratisation passera dans les années à venir par deux chemins: Un développement de la démocratie directe; mais essentiellement au plan local, sur les problèmes concrets, et deuxièmement ça passera par un partage territorial du pouvoir. Ce n'est pas par hasard si toutes les démocraties européennes sont confrontées à ce problème aujourd'hui. Que c'est pas le partage en Angleterre avec le pouvoir à l'Ecosse, au pays de Galles, à l'Irlande. Que ce soit le système espagnol de régionalisation. Italien, bien sûr, sans parler du fédéralisme allemand, ou belge. Et la France qui est le pays le plus centralisé est en train de connaître ce problème. C'est le problème corse, mais ce n'est que le pis phénomène d'un problème plus large. Merci à tout le monde de m'écouter plus long.*

## **Bir Fransız Konuk**

### **Türkçe Açıklaması**

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Profesör Roussillon Toulouse Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı. Bu konuda Profesör Alain Bockel'in geçen yıl Galatasaray Üniversitesi'nde düzenlenen Kongrede söylediklerine katılıyorum. Bu sabahki konuşmacıları sunuşlarındaki zenginliklerinden dolayı tebrik etmek istiyorum.

Profesör Onar konsensusun önemini çok iyi bir şekilde ortaya koydu ve görüyorum ki kürsüde yarı başkanlık rejiminin Türkiye için uygulanamayacağı ve bu rejimin pek de arzu edilebilir olmadığını söylemek için de bir konsensus var. Bence bu konuda çok haklı ve bunu da çok basit bir nedene bağlı olarak açıklayabilirim çünkü yarı başkanlık rejimi mevcut değildir. Yarı başkanlık rejimi kavram olarak mevcuttur. Bu rejimde Devlet

Başkanı ve Başbakan doğrudan genel oyla seçilir. Ama gerçekte bir yarı başkanlık rejimi yoktur. Profesör Bockel Finlandiya'nın durumundan bahsetmişti, yine tahmin ediyorum Moldavya'nın durumundan da konuşmuştu, yine bir kaç küçük devlet olan İzlanda, İrlanda ve Avusturya'nın durumundan da bahsetmişti. Hayır, Avusturya çok iyi, başbakanları çok iyi, asil iktidarı olan Başbakan, Başbakan Sayın Schunssel asil iktidara sahip olan. Profesör Alain Bockel'in de bize çok iyi gösterdiği ve yine hepimizin de çok iyi bildiği gibi Portekizdeki rejimde bir yarı başkanlık rejimi değil çünkü asil iktidara sahip olan Başbakandır. Çoğunluk sağlandığı zaman devlet başkan mutlak iktidara sahiptir, hatta bu Amerika Birleşik Devletleri Başkanı'nın yetkisinden daha fazladır ve kohabitasyon söz konusu olduğu ve yine çoğunluk sağlanamadığı zamanda devlet başkanı hiç bir yetkiye sahip değildir yani bu durumda elindeki yetki gerçek değildir. Başbakanın bulunduğu uluslararası toplantılarda da bunu açıkça görüyoruz. Zaten Anayasada hükümetin iç politika ile sınırlı olduğunu söylemiyor, ki bu iç politika zaten devletin politikasıdır. Demek ki Fransız gerçeğinde de yarı başkanlık rejimi yoktur hatta şu an üçüncü başkanlık cumhuriyeti üzerine düşünmeye başlıyoruz. Bu konuda benim fikrime gelirsek, ben bir parlamenter rejim taraftarıyım. Ve 58 Anayasasında parlamenterdir. Burada değişen uygulamadır. Bilirsiniz, İspanyollar Portekizce konuştuğu zaman bu İspanyol kötü konuşması deriz. Beşinci Cumhuriyet, 58 Anayasası'nın kötü bir uygulamasıdır. O zaman Türkiye için de çözüm açıkça parlamenter rejimdir. Sayın ONAR bize hiç kuşkusuz parlamenter sistemin akla uygun bir hale getirilmesi gerektiğini açıkça söyledi. Mesela Almanya'da ki yapıcı güvensizlik oyunundan bahsettiğiniz de şunu da belirtmek gerekir; Alman Başbakan'ın yalnızca halefini seçerek değiştirebiliriz. Sanıyorum ki bu iyi bir şey. Evet bizim 49/3 maddemiz var, bu biraz aynı şey demek oluyor. Kurumların demokratikleştirilmesine gelirsek ,düşünüyorum ki sorunu biraz genişletmiş oluruz. Kurumların demokratikleştirilmesi siyasi partiler sisteminin sistematik olarak eleştirilmesinden geçmiyor. Siyasi partiler olmaksızın demokrasi olmaz. Hiç şüphesiz gelecek yıllarda demokratikleşme iki yoldan geçecektir: Doğrudan demokrasinin gelişimi, ama temel olarak yerel planda, somut problemler üzerinde ve ikinci olarak da ülkesel iktidarın bölüşümünden geçecek. Bu gün Avrupa de-

demokrasilerinin bu sorunlarla karşılaşmış olması bir rastlantı değildir. Bu-  
nu her yerde görebiliriz, mesela İngiltere'nin İskoçya ile iktidarı paylaşma-  
sı, Galler'in İrlanda ile paylaşması gibi. İspanyol sistemindeki Bölgeselleş-  
meyi de örnek verebiliriz. Elbette İtalya da aynı şekilde Almanya veya  
Belçika federalizmden hiç bahsetmiyorum bile. Ve en merkezîyetçi ülke  
olan Fransa'da şu anda bu sorunu yaşamakta. Bu Korsika sorunu ama bu  
sorun daha büyük bir problemin yalnızca küçük bir parçası. Beni bu ka-  
dar uzun süre dinleyen herkese teşekkür ederim.

## **Oturum Başkanı**

---

Teşekkürler.

Buyurun.

## **Salondan**

---

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Burada görüşülen konu, demokratik parlamenter sistem. İşin özü; benim  
vicazane kanaatimce, şu anda Türkiye'de parlamento, gerek anayasa huku-  
ku bakımından, daha da önemlisi, şu anda yürürlükte bulunan Türkiye  
Cumhuriyeti Anayasası hükümlerine uygun olarak kurulmuş mu? İkinci-  
si, Hakikaten bu modern anayasalara göre, hatta kendi anayasamıza gö-  
re, görevlerini yerine getiriyor mu? Bunun üzerinde durulması lazım. Tür-  
kiye'de demokratik parlamenter sistem, bence bu deyim doğru değildir;  
Türkiye'de antidemokratik partiler sistemi şu anda uygulanmaktadır.

Gerçekten şu parlamentonun oluşumuna gelince, 61 Anayasasının 55.  
Maddesi, şu andaki Anayasanın 67. Maddesine göre, milletvekilleri doğru-  
dan doğruya -şimdi Fransız meslektaşımızın da ifade ettiği gibi- direkt oy-  
lamayla, yani eşit ve direkt oylamayla oluşmamıştır. Direkt değil, bunu

hepimiz biliyoruz; -itiraz eden olursa, duymaktan memnun oluruz- parti başkanlarının daha önceden tespit ettiği kişilere, adaylara oy veriyorsunuz. Hatta bir seçim bölgesinde, karakter bütünlüğüne sahip, yetenekli, ülkeye ve ulusuna hizmet etmeye kendisini vakfetmiş olan kimseleri dahi seçmek olanağına sahip değil. Nitekim seçim listesinden, “şu partiden şu, öbür partiden bu hakikaten layık olur” diye bir oy pusulası tanzim edemiyor. Böyle bir sistemde, siz nasıl demokratik parlamenter düzenden bahsedebilirsiniz? Bizdeki düzen, nasıl ki ekonomik kanun olan Gresham Kanununda, kötü para iyi parayı piyasadan kovar; Türkiye’deki bugün, bu rejim sistemi aynen bunun gibi birer çıkar şirketi olan siyasal partiler tarafından gerçekten vatanını, milletini seven, yetenekli, karakter bütünlüğüne sahip kimseler, siyasal arenaya girmelerine imkân bırakılmıyor. İzninizle, bunlar çok önemli olduğu için söyleyeceğim; bu topluma çuvaldızı batırmadan olmuyor. Ben, bir hukukçu olarak, dünyayı yarım asra yakın bir süreden beri tanyan bir kimse olarak, yabancı üniversitelerde de, hatta bunu Fransızca da söyleyeceğim, burada Fransız dostlarımız da var, “De la chaque de nations unit a une meilleur organisation du monde” altında ve 1962’de Pedon Yayınevi tarafından yayımlanan eserimiz de belli başlı üniversitelerde referans kitabı olarak kullanılmakta, Harvard Law School gibi tanınmış fakültelerde de onların özel kataloguna girmişti.

Bu parlamentodaki çalışma düzeni, dünya parlamentolarını yakından tanıyan bir arkadaşınız olarak, asla ve asla uygun değil. Bana lütfen söyleyin; bugünkü parlamentoda bir üye, istediği gibi, istediği kadar fikirlerini ortaya koyabiliyor mu? Eğer bir kişi -sizler de dahil- söylerse mutlu olacağım.

Teşekkür ederim.

### Oturum Başkanı

---

Efendim, lider sultasının temel sorun olduğunu söyledik zaten.

Buyurun.

---

**Prof. Dr. Ülkü Azrak**

**Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Süeyhl Batum'un söylediği şeylere kısmen katılıyorum; fakat bazı tereddütlerim de var, onları dile getirmek istiyorum: Yarı başkanlık sistemiyle problemlerin çözülebileceği konusundaki bir iyimserlik mi egemen, yoksa yanılıyor muyum? Bilmiyorum, yani böyle bir izlenim edindim. Özellikle de Türkiye'de yerel demokrasi ve çoğulculuk kurumlarının geliştirilmesinde bu yarı başkanlık rejiminin nasıl bir rolü olabilir, onu pek iyi anlayamadım; yani buradaki korelasyonu ortaya koyamadım ben. Çünkü Türkiye'de çoğulculuk sisteminin, çoğulcu rejimin geliştirilememiş olmasının başka nedenleri var; o nedenler üzerinde durmak lazım. Yarı başkanlık rejimi belki bazı problemleri çözer; ama herhalde bu problemleri çözmez. Sayın Bockel de değindi; asıl yarı başkanlık sisteminin temeli, tabii Majoriter rejim. Ancak, siz daha ziyade, bir çoğulcu sistem, çoğulcu rejimin bu suretle gerçekleşebileceğini ifade ettiniz. Arada bir fark doğuyor belki; yanılmıyorum değil mi? Bu noktayı biraz aydınlatmanızı rica edeceğim.

**Prof. Dr. Süeyhl Batum**

**Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı**

Teşekkür ederim.

Yarı başkanlık sistemi diye bir adlandırmayı tabii mecburen yapıyoruz. Yarı başkanlık sistemine taraftarım diye bir şey söylemedim. Yarı başkanlık sisteminin iki tane özelliği vardır; başkan seçimle gelecek, parlamento yanında ve Başbakan yanında ayrı bir seçimle gelecek, ikili seçim sandığı dedim, Sayın Bockel de söyledi. Bir de ikili iktidar anlayışı; yani partiler iktidarının kullandığı iktidarın yanı sıra, Cumhurbaşkanının kullanabileceği yetkilerden kaynaklanan, kendisine tanınmış bir iktidar alanı. İşte bu yetkileri de deminden beri söyledim. Cumhurbaşkanının seçimle işba-

şına gelmesi, belli birtakım krizler yaratabilir. Ancak, benim üstünde durduğum şey, Cumhurbaşkanının seçimle işbaşına gelmesi değil; Cumhurbaşkanının sistem içerisinde belli yetkilerinin tanınması ve o yetkileri kullanabilmesi. O bakımdan yarı başkanlık sistemini savunuyorum demedim; başkanın olduğu, Cumhurbaşkanının olduğu bir parlamenter rejim diyelim. Sayın Onar'ın da söylediği gibi, kimi düşünürlerin, anayasa hukukçularının söylediği gibi, başkanlı parlamenter rejim diyelim. Ancak, çoğulculuk deyince, iki tane çoğulculuk var. Bu çoğulculuklardan bir tanesi ideolojik çoğulculuktur, düşünce özgürlüğü falan... İkinci çoğulculuk ise, ta Montesquieu'den beri bugüne gelen kurumsal çoğulculuktur; yani devlet iradesinin farklı farklı kurumlar tarafından dile getirilmesi, farklı farklı kurumlar tarafından oluşturulması. O, zamanında yasama, yürütme, yargı diye çıkmıştır; günümüzde ikinci meclisler... Federal olmayan devletlerde bile ikinci meclis vardır. Niçin? Amaç, devlet iktidarının farklı farklı kurumlar tarafından demokratik sistem içerisinde dile getirilmesidir. Ben, yerel yönetimleri de böyle görüyorum, yerel yönetimler de bu çoğulculuğu tabanda sağlayabilmek içindir. İşte o kurumsal çoğulculuğun dedim; çünkü tek fikirde, tek parlamentoda belirlediği taktirde, sonuçta Türkiye'de tek liderler tarafından bütün olgunun dile getirilmesi oluyor.

Mösyö Russillon'a şu yönde katılmıyorum: Tabii ki çok değerli, dışardan gelen ve belki de şu anda içinde bulunduğumuz problemleri tam manasıyla gözlemlemesi mümkün olmayan bir şeyi olduğu için, misafirimiz olduğu için, Türkiye'nin tek sorununun Korsika'daki benzeri yapılanmaya gitmek olduğunu, yerel yönetimlerin bölgeselleşmeye doğru, İspanya'daki örneğiyle gitmesi olduğunu zannediyor. Oysa bana göre, Türkiye'nin sorunlarından bir tanesi, bu yönde tabii ki demokratikleşme çerçevesinde iktidarı belki açmaktır. Ancak, ondan önce Türkiye'de bu söylediğimiz partilere endeksli, liderlere endeksli siyasal sistemin işlerliğini sağlayabilmektir, bunun gerçekleşmesi gerektiğine inanıyorum. Belki Yıldızhan hocanın söylediği gibi, demokrasi çok uzun soluklu bir süreç, doğru; ama bunda bir şeyler yapılabilir diye düşünüyorum, yani birtakım düzelticiler sistemin içine getirilmeli. Bu düzelticiler de bence sistemde Cumhurbaşkanı'nın yetkilerini klasik parlamenter rejime çekmek değil.



**Oturum Başkanı**

---

Efendim, 5 dakikamız kaldı. Alain Bockel bir açıklama yapmak istiyor; zannediyorum Fransız misafirimize ya da buradaki sorulardan bir tanesine cevap verecek. Zaman kalırsa, Sayın Güran'la oturumu tamamlamak istiyorum.

**Prof. Dr. Alain Bockel**

---

**Fransızca Cevap**

*Oui, et très rapidement, je voudrais d'abord répondre à l'intervention toujours si dynamique du Professeur Roussillon qui a dit deux choses qui sont deux contreverités. Premièrement que j'aurais prétendu que le régime semi-présidentiel n'existe pas. Je passerai à dire le contraire et que deuxièmement il y avait un consensus à cette table pour dire que le régime semi-présidentiel n'était pas adapté à la Turquie. Alors que moi-même j'ai dit des choses tout-à-fait différentes, à savoir que je pensais que actuellement une réforme à l'ordre de l'instauration d'un régime semi-présidentiel en Turquie est peu probable, compte tenu du contexte politique. Je crois au contraire. En tout cas, je pense qu'il est important d'étudier dans son plus précis si le régime semi-présidentiel est adaptable ou pas en Turquie. C'est peut être une autre question. Et là, je crois qu'il y a deux choses je vais très bref. Deux aspects de ce régime sur lesquels il faut bien réfléchir. Et là je réponds à une intervention très intéressante. C'est du cas du pouvoir du Président. Je ne comprend mon ami Süheyl Batum qui nous dit très justement qu'il est favorable à pluralisme du pouvoir et partage du pouvoir à des contrepois pour essayer de supprimer ce monopole occupé par les leaders des partis politiques. Il dit cela en même temps il veut réduire le pouvoir du ..... Or, pour la première fois, si vous l'avez dit. Oui, alors peut-être j'ai mal compris par la traduction, parce que pour la première fois, il y a enfin depuis un cer-*

*tain nombre d'années, il y a une voix qui s'était élevée quelques fois à plusieurs reprises justement pour contester cette espèce de consensus du monde politique qui est basé sur des compromis. Au nom des valeurs, une voix s'élève et dit non, je suis pas d'accord. Voilà ce qu'est la démocratie et voilà ce qu'est ses contrepoids. Et le peuple se reconnaît dans cette intervention. Et ça s'en paraît fondamental. Et la possibilité de quelqu'un qui par miracle de l'indépendance puisse s'intervenir. Bon alors, j'ai mal compris, excusez-moi. Je crois qu'il est important enfin Monsieur A..... vous êtes partisan de réduire les pouvoirs du Président. Je crois que ce serait une erreur. A moins qu'on veuille effectivement mesurer toute possibilité de contester cette démocratie de compromis qui est critiquée par ailleurs. Le second élément, le second apport qui est important de considérer, ce sont l'élection. C'est l'élection du Président et l'élection du Parlement. Et là aussi, le changement du système électoral notamment par la mise en place d'un système majoritaire peut bousculer la pratique qui est critiquée de monopole des partis politiques sur le système électoral. Et notamment un système majoritaire à deux tours comme le système français est parfaitement adapté à un système de pluralisme des partis politiques et à la vertu de combiner à la fois de maintien du pluralisme des partis politiques et l'obligation des alliances. Ceci force les partis politiques de sortir de leurs citadels et à essayer de passer devant les électeurs, de chercher des compromis avec les partis voisins et de proposer les résultats de ces compromis aux électeurs et de ne se délivrer à des négociations je te donne ceci, je te donne ça au sein du parlement entre partis qui n'ont rien pour s'entendre par ailleurs.*

*Alors, l'instauration d'un système majoritaire, d'un système électoral majoritaire a des vertus, et c'est là que j'envie au système semi-présidentiel et les vertus essentielles du système électoral a poussé les partis à avoir une logique majoritaire, cet effet ne peut se réaliser et que s'il y a en plus du scrutin majoritaire pour les élections de parlement, l'élection du Président par suffrage universel. Et ça, l'exemple français l'a montré à plusieurs titres à connu sous la Quatrième République l'expérience qui rappelle certains aspects de l'expérience turque actuelle. Le changement du mode électoral et l'instauration du scrutin majoritaire complètement modifié ce système. Et ce n'était possible si vous voulez que parce que il y avait l'élection présidentielle qui en quelque sorte, je mettrai de côté les détails, cristallise, oblige*

*les alliances conclues pour les élections et sanctionnées par les électeurs obli-  
gent ces alliances à se maintenir pendant toute la durée de la législature  
à disparaître au profit des nouvelles alliances. Voilà ce que j'ai voulu dire,  
et je crois pas trop à l'efficacité des techniques du parlementarisme rationa-  
lisé comme la notion de défiance constructive à l'allemande et à l'espagno-  
le. Ça pouvait avoir des effets, mais c'est très limité, je crois pour les fonde-  
mentaux structurants.*

*Merci monsieur le Président.*

## **Prof. Dr. Alain Bockel**

### **Türkçe Açıklaması**

Evet çok çabuk bir şekilde, her zamanki gibi dinamik bir konuşma yapan profesör Roussillon'un bu konuşmasında belirttiği iki çelişkili şeye müdahale etmek istiyorum. İlk olarak yarı başkanlık rejiminin olmadığını ileri sürmüştüm. Bunun aksini söyleyerek geçeceğim ve ikinci olarak da bu mäsada yarı başkanlık rejiminin Türkiye'ye uygun olmadığı konusunda bir Konsensus olduğu. Bana göre ben bu söylenenlerden tamamen farklı şeyler söylemiştim. Türkiye'nin politik durumunu ele aldığımızda, şu an Türkiye'de yarı başkanlık rejiminin uygulanması konusunda ki bir düzenleme pek de olası gözüküyor. Aksini umuyorum. Ben aslında her durumda Türkiye'de bu rejimin uygulanıp uygulanamayacağı öğrenmek için çok iyi bir inceleme yapmamız gerektiğini düşünüyorum. Belki de bu bir başka sorundur. Evet, orada üzerinde açıkça durduğum iki şey var. Bu rejimin üzerinde iyice düşünülmesini gerektiren iki özelliği vardır. Ve burada çok ilginç bir müdahaleye cevap vermek istiyorum. Başkanın iktidar olması hali. Arkadaşım Süheyl Batum'un bize söylemek istediğini anlıyorum, siyasi parti liderlerinin ellerinde bulundurdukları tekelciliği ortadan kaldırmak için iktidar çoğulculuğu ve karşı güçlerle iktidar paylaşımının tarafında olduğunu söylüyor. Bunları söylerken aynı zamanda onun yetkilerinin kısıtlanmasını da istiyor aynı zamanda..... Oysa ilk seferi için, evet onu söylediniz. Evet belki çeviriden dolayı yanlış anladım. Evet, yıllardan

beri ilk kez uzlaşmalara dayanan siyasi dünyadaki bu uzlaşmalara karşı çıkan bir ses yükseldi. Tüm değerler adına bir ses yükseliyor ve hayır, ben aynı fikirde değilim diyor. İşte bu bir demokrasidir! Halk bu müdahale de kendini gördü. Bu esasa ilişkin bir şeydir. Yani insanın bağımsızlık mucizesiyle müdahale etmesi çok önemli bir şeydir. Tahmin ediyorum Sayın A .... için önemlidir, siz Cumhurbaşkanının yetkilerini kısıtlanması taraftarısınız. Cumhurbaşkanının yetkilerini azaltmak bana göre bir hata olurdu fakat eleştirilen bu oydaşmacı demokrasiye bence karşı çıkma olasılığını göz önüne alırsak o zaman bu doğru olur. Bir ikinci unsur seçimlerdir ki, bu ikinci unsur önemli bir incelemeyi gerektirir. İşte bu parlamento seçimleri ve Cumhurbaşkanı seçimi. Burada, seçim sisteminin çoğunluk seçim sistemi ile değiştirilmesi, bu sistemin pratikteki uygulamasını alt üst edebilir. Bu uygulama seçim sistemindeki siyasi partilerin tekelciliğinden dolayı eleştirilmektedir. Burada Fransız Sisteminde olduğu gibi iki türlü çoğunluk sistemi siyasi partilerin çoğulculuk sistemine tam uygun düşer. Aynı zamanda bu siyasi partilerin çoğulculuğuna ve ittifak yapmalarına sebep olur. Bu durumda siyasi partilerin kalelerinden çıkmalarını, seçmenin önüne geçmelerini, yakın partilerle uzlaşma arayışına girmelerini ve bu uzlaşmaların sonuçlarını seçmenlere sunmalarını sağlar. Böylece bu da partilerin pazarlık yapmalarına sebep olur. Yani sana bunu veriyorum şunu veriyorum diyerek aslında hiç bir konuda anlaşamayacağı partilerin parlamentoda bir araya gelmelerini sağlar.

Çoğunluk seçim sisteminin kuruluşunda erdemler sahiptir, yarı başkanlık sistemine sahip olduğu bu erdemlerden dolayı imreniyorum. Seçim sisteminin temel erdemleri partilerin çoğunlukçu mantığa sahip olmalarına neden olmuştur. Bu sistem parlamento seçimleri için çoğunluk oylaması yanı sıra genel oyla Cumhurbaşkanı seçimi mevcut olması halinde ancak gerçekleşebilir.

Burada, Fransız 4. Cumhuriyet örneğinde olduğu gibi Türkiye'deki durumun bazı özelliklerini de bize hatırlatıyor. Seçim sisteminin değişmesi ve çoğunluk sisteminin kurulması bu sistemi tamamen değiştirdi. Bu da yalnızca şöyle mümkün olmuştu; Başkan seçimi, ayrıntıları geçiyorum, seçimlerin ve seçmenlerin ortaya koydukları koalisyonların yasal süreci boyunca var olmalarını ve yeni koalisyonların lehine ortadan kalkmalarını

sağlar. İşte bunu söylemek istedim ve İspanyol veya Alman modelindeki yapıcı sansür kavramında olduğu gibi rasyonelleştirilmiş bir parlamenter sistemin tekniklerinin etkinliğine pek inanmıyorum. Bunun bazı etkileri olabilir ancak bunun etkileri yapısal temeller açısından sınırlı kalır.

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

## **Oturum Başkanı**

---

Süremiz sona erdi; ama daha önceden söz verdiğim için, Sayın Sait Güran'la oturumu kapatmak istiyorum.

Buyurun.

## **Prof. Dr. Sait Güran**

---

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Benim de karnım herkes kadar acıktığı için vaziyeti anlıyorum; onun için çok kısa. Birincisi, Süheyl Batum arkadaşşıma: Bu toplumun diğer kesimlerinin siyasi yönetime katılmasını çok vurguladılar. Bu katılım modeli hakkında da somut bir fikir vermediler. Belki ben idare hukukçusu olduğum için daha somutu daha çok seviyorum. Mesela bunlar arasında korporatif meclis yapısını düşünüyor mu? 1961'de hararetle önerilen ve reddedilen böyle bir modeli düşünüyorlar mı?

İkinci nokta, bir öneri ve uyarı: Bakın, hükümetle Cumhurbaşkanı arasında çıkacak özellikle idari nitelikteki işlemlerdeki veya yasa konusundaki işlemlerdeki ihtilafın çözümüne yargıyı fazla sokarsanız, sonunda yargıyı siyasallaştırırsınız. O yargının siyasallaşması, kendi için hiç de güzel ve istenen bir akıbet olmaz, bunu da unutmayalım. Bir de Yıldızhan'ın dediklerine tümüyle katıldığımı söylüyorum. Kiminle demokrasi yaptığımı

zı, seçmenin kim olduğunu, yerel yönetimlerin kim olduğunu, yerel yönetimlerde reylerin nasıl verildiğini, bu sivil örgüt kurumlarında seçimlerin nasıl yapıldığını, nasıl yönetildiğini göz ardı etmeden bu konuları önerirken biraz daha dikkatli olalım.

Teşekkür ederim.

## **Prof. Dr. Süheyl Batum**

**Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı**

Evet, bu çok uzun bir konu; o yüzden şunu söyleyeyim: Ben, hakikaten halkın katılımını savunuyorum; ama bu burada tartışılacak bir şey değil. Gerçek anlamda doğrudan demokrasi yöntemlerinin Anayasaya yerleştirilmesini istiyorum. İkinci meclis olabilir, ben hatta ikinci meclisi savunuyorum, korporatif bir yapıda; ama bunlar şu anda sistemin içinde olmadığı için, şu anda bunlara çok ağırlık vermedim efendim, yani cevap vermemiş olmayayım.

## **Oturum Başkanı**

Efendim, zamanımızı aştık, söz vermediğim dinleyiciler için üzülüyorum; ama mutlaka bir yerde bitecek ve birileri söz alamayacak. Gerçekten isterdik ki herkesin söz hakkı olsun; ama saat 14.00'da ikinci oturum başlıyor. Buradaki dinleyici ve konuşmacılar o oturumda da görev alacaklar, biraz dnlensinler diyorum. Bu kurultayı, oturumu düzenleyen Barolar Birliği'ne tekrar teşekkür ediyorum. Katkısı bulunan konuşmacılara, dinleyiciler sabırlarından dolayı teşekkür ediyorum. Buradaki görüşlerin Anayasa hukuku çalışmalarına katkısı olmasını diliyorum. Demokrasi, sistemi akşamdan sabaha düzeltmek mümkün olsaydı, bu çok kolaydı. Bu, bu kültürün gelişmesinde şüphesiz küçük bir katkıdan ibarettir.

## BİLDİRİLER

### BİLDİRİ I

#### “DEMOKRATİK DENETİM VE KATILIMCILIK“



**Oturum Başkanı:**

**Nuri Alan (Danıştay Başkanı)**

**Sunuş**

**Prof. Dr. Elisenda Malaret (Barselona Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**

**Tartışmacı**

**Prof. Dr. Zafer Üskül (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)**

## Sunucu

---

Değerli konuklar; Anayasa Kurultayının üçüncü gününün öğleden sonraki ilk toplantısını Danıştay Başkanımız Sayın Nuri Alan yönetecek. “Demokratik Denetleme ve Katılım” başlığını taşıyan bu bölümü yönetmek üzere Sayın Başkanımı kürsüye davet ediyorum.

Değerli konuklar; bu arada değerli katılımcıların bildirimleriyle ilgili birçok sayıda fotokopi yapıldı, ama sanıyorum her toplantıda değerli izleyiciler onları tükettiler. Bu konuda ısrarlı bir talep var. Biz bunları çoğaltacağız ve zaten bu kurultay sonunda bütün bu görüşmeler, bütün bu konuşmaların tamamı bir kitapçık haline getirip değerli izleyenlerin kullanımına sunulacak. Bunu da bildirmek istiyorum; saygılarımla.

Buyurun Sayın Başkanım.

## Nuri Alan

---

Danıştay Başkanı

Değerli konuklar, değerli izleyiciler; hepinizi saygıyla selamlayarak Oturumu açıyorum ve değerli konuşmacıları kürsüye davet ediyorum: Sayın Bayan Prof. Dr. Elisenda Malaret ve Prof. Dr. Zafer Üskül.

Barolar Birliği tarafından düzenlenen Anayasa Hukuku Kurultayı, büyük bir tesadüf eseri, 1982 Anayasasının kimi maddelerinin değiştirilmesi konusunun Türkiye gündemine girdiği günlere rastlıyor. Bu büyük rastlantı, ister istemez insanda ve bende, Anayasa değişiklikleri konusunu çağrıştırıyor. Türkiye’de ilk Anayasanın düzenlendiği 1876 tarihinden bu yana, daha doğrusu 1961 senesine kadar Türkiye’deki Anayasa değişiklikleri genelde olumlu bir çizgi üzerinde gitti ve bir yandan toplumun taleplerine cevap veren hükümler düzenlendi, bir yandan da toplumu daha önceki senelerde olumlu açılımlara yöneltecek hükümler getirildi. Bu Oturum,



Anayasa hukukundan kısmen idare hukukuna geçiş niteliğini taşıdığı için, ben 1961 Anayasasıyla ilgili bazı görüş ve düşüncelerimi 82'ye ve 82'den sonrası için çok kısa olarak sunmak istiyorum. Fakat endişelenmeyin, tebliğ niteliğini taşımayacak.

1961 Anayasası, özgürlükler alanında genişleme yarattı; devletin kuruluşuna yeni organlar, yeni kuruluşlar ve kurumlar..

...değişiklik yapıldı. Bunlardan bir tanesi, 114. Maddeyle getirilen ve tüm idarenin işlem ve eylemlerinin idari yargı görev alanına ve yetki alanına getirilmesiydi. Ben, Anayasa yürürlüğe girdiğinde yedek subaylık görevimi yapıyordum. Metin elime geçtiğinde, bir solukta bütün hükümleri okudum ve 114. Maddeye geldiğim zaman durakladım ve duraksadım. Orada iki tane notum var, halen o metni muhafaza ediyorum. Birincisi, “tüzükler dahil mi” demişim; 61 Anayasasından önce, tüzüklerin kanuna mugayere ti iddia olundukta, bunun çözüm yeri Türkiye Büyük Millet Meclisiydi, 24 Anayasasında aşağı yukarı buna yakın bir hüküm olacak. İkinci soru işaretim; “hükümet tasarrufları kalkıyor mu” diye yazmışım. Çünkü idare hukuku öğrenimimiz sırasında öylesine şartlanmışız ki, hükümet tasarrufları mutlaka idari yargının görev alanı dışında kalacak diye düşünmekteyiz.

İdari yargı alanında getirilen ikinci önemli hüküm, pozitif hüküm, idarenin sebep olduğu zararları ödemekle yükümlü kılınması. Daha önce de yargısal kararlarla bu yolda hükümler veriliyordu; ancak bunun bir Anayasa hükmü haline getirilmiş olması önemliydi. Anayasa yargısı alanında ise tabii ki en önemli husus, Anayasa Mahkemesinin kurulması ve görev alanının belirlenmesiydi. O tarihte, özellikle Danıştayın itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine götürdüğü birçok işler dolayısıyla antidemokratik hükümlerin birçoğu düzenlendi ve 1960'dan önce, özellikle kamu görevlileri için getirilmiş olan idari yargı yasağı tümüyle kaldırılmış oldu.

Yargının bu parlak dönemi 1970'lere kadar devam etti ve 71'den itibaren yargının görev alanında daraltmalar başladı ve 1971'den sonra yapılan düzenlemeler, 82 Anayasasına esas olan görüşün ve felsefenin temelini teşkil etti. Bundan sonra yapılan değişikliklerde bazı olumlu hükümler bulunmakla birlikte, genellikle 71'den itibaren ve 82'den sonra Anayasa

değişiklikleri olumsuz bir yöne doğru gitti ve istisnaları olmakla beraber, üç husus bu değişikliklerde etkili oldu. Birincisi ve çok önemlisi ve yasaların genellik ilkesine aykırı olanı, belli somut durumlar için Anayasal çözümlere yönelinmesiydi. Bunların misallerini vermemize gerek yok; halen de sanıyorum ki gündemde olan değişiklik, bugün yaşanmakta olan birtakım siyasi sorunların çözümüne yönelik olanıdır.

İkinci husus, -bunların örneği çok olmamakla beraber, vahim olduğu için belli başlı bir paragraf içinde incelenmesi gerekir- yargı kararlarının etkisiz hale getirilmesi amacını taşıyordu; Anayasa Mahkemesi iptal ediyor, yasama yeniden düzenliyordu. Bunu idari yargıda da gördük; idari yargıda, Adalet Bakanlığının yüksek yöneticileri verilmiş olan bir iptal kararının önlenmesi için bir yasa değişikliği yapıldı ve bu yasa değişikliğinde geçici bir madde getirilmek suretiyle idari yargının verdiği somut bir kararın uygulanması engellenmek istendi.

Üçüncü olumsuz değişiklikler ise, -bunun tabii istisnası da var- özgürlüklerin daraltılması biçiminde oldu. Dileyelim ki, günümüzün gündeminde önemli yer işgal eden Anayasa değişikliği konusu, bundan böyle olumlu bir çizgi içinde ve iyiye doğru, Türkiye'nin geleceği için olumlu açılımlara imkân verecek hükümleri içerecek biçimde düzenlenmiş olsun.

Bu kısa sunuştan sonra, Oturumun ilk konuşmacısı olarak sözü Sayın Prof. Elisenda Malaret'e vermek istiyorum.

Buyurun.

**Prof. Dr. Elisenda Malaret**

Barsolena Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## DEMOKRATİK DENETİM VE KATILIM

### I. Giriş

HESSE'nin kullandığı tabirle Anayasa'nın "gerçekleşmesi" isteniyorsa anayasa ve denetim kavramlarının birbirinden ayırmamak gerekir.

Meclis denetimi ve anayasalık denetimi, siyasal denetim ve hukuksal denetim; Anayasa da öngörülen denetim biçimleridir.

Anayasa ve iktidarın sınırı. Devlet iktidarın "inceleme ve dengelerin" kuruluş ve ayrımıyla denetimi. Yani anayasa ve iktidarın paylaşımı. Hukuka, iktidarlara dağıtan anayasanın üstünlüğüne ve bu iktidar alanlarına iktidarın dağıtımı. Anayasa tarafından kurulan ve garantisini Anayasa Mahkemesinden alan iktidarın bölüşülmesi ile eklenecek Anayasanın üstünlüğü sağlanmıştır.

Bu metin, Anayasa'nın üstünlüğü ve güvence altında olduğu varsayımıyla, Anayasayı iktidarın sınırlanması ve denetimi aracı olarak algılama ana fikri üzerine kuruludur. Kuvvetler ayrılığı ya da dengesi ve temel hakların güvencesi için de yer alan sınırlar ve denetimler, bu fikrin asli ve ortak unsurlarıdır. Ancak, farklı anayasal geleneklerde farklı biçimlerde bir araya gelmektedir. Kısaca Anayasa, iktidarın sınırlanması ve yurttaşların haklarının güvence altına alınması aracıdır.

Bu fikirden ve çağdaş anayasacılıktaki denetimlerin karmaşık ikiliğine ilişkin tespitten hareketle, anayasalarda denetimlerin tedrici zenginleşmesi, bunların etkili hale getirilmesinin koşulları üzerinde durulacak; son bölüm katılımin anayasal görünümüne ve bunun aldığı farklı biçimlere hasredilecektir.

Bu metinde, yasaların yargısal (hukuksallık) denetimi ile demokratik denetim (siyasal denetim veya yerindelik denetimi) arasındaki ilişkiler tartışılmayacaktır. Aslında bugün, judicial review (yargısal denetim) in ya da yasaların anayasaya uygunluğu denetiminin antidemokratik karakteri üzerindeki tartışma neredeyse bitmiştir; ya da herhalde, anayasa yargıcı tarafından yapılacak disiplini ve ölçülü bir yorumu gerektirmektedirler. Böylece, yorum teorisinin anayasa kuramının sert çekirdeğini nasıl oluşturduğu da anlaşılabilir.

Farklı türdeki denetimler, karşıt değil birbirini tamamlayıcı nitelikte görülmelidir.

1978 İspanyol Anayasası'nda öngörülmüş olan demokratik ve sosyal hukuk devleti kavramı, temel siyasal kararları ve özellikle hukuk devletiyle

demokrasi arasındaki ilişkileri son derece sentetik bir dille ifade etmektedir.

Klasik anayasacılığın işlevi (bireysel özgürlüğün güvence altına alınması ve iktidarın sınırlanması), Anayasa'nın, toplumun bütünleştirilmesi yönündeki temel hukuksal hedefin gerçekleştirilmesi süreci olarak anlaşılması suretiyle yenilenmiş görülmektedir (SMEND). Bunun, meşruiyet/demokratik denetim ve özellikle katılım açısından bir takım sonuçları bulunmaktadır.

Devlet iktidarının kullanımının ve bunun farklı biçimlerinin demokratik yönden meşrulaştırılmasının gerekleri, yeni iddialar doğurmaktadır. Tüm kararlarının demokratik yönden meşrulaştırılmasının bir gereği olarak, bunların alınmasında, toplumun üyesi olmak sıfatıyla yurttaşların demokratik katılımına başvurabildiği varsayılır. Kamusal görevlerin yerine getirilmesi, doğrudan halktan kaynaklanan ya da halka başvurulmasını içeren bir meşruluğu gerektirmektedir; kesintisiz demokratik meşruiyet öncüsü düşüncesi budur (SCHMIDT-ASSMANN/BÖCKENFÖRDE).

Meşruiyetin aktarılması kanalların etkililiği, iki unsuru varsayar. Bunlardan birincisi, iktidarı kullanmakla görevli organların aldıkları kararların halkın iradesine sunulabilmesidir. İkincisi ise, devlet iktidarını kullanmakla görevli organların aldıkları kararlardan dolayı halka karşı sorumlu olmalarıdır. Yenilenmiş bu demokrasi anlayışı, denetim üzerinde yeniden düşünmeyi zorunlu kılar.

Ancak, "denetim" ifadesinin kapsamı çeşitli olup, kesin değildir. Çok anlamlı bu kavram, kullanıma ve bağlama bağlı olarak farklı anlamlara gelebilmektedir. Bir yandan son derece basit anlamıyla tahkik, teftişi ifade eden sözcük, diğer yandan (Robert'in Fransızca sözlüğünde açıkça belirtildiği gibi) İngilizce'nin etkisiyle, yönetim, komuta, hakimiyet, regülasyon anlamlarını taşımaktadır. Bu son durumda, sözcüğün ilk anlamında bulunmayan bir tabiyet ilişkisinin varlığı açıktır.

RUBIO LLORENTE'nin belirttiği gibi, bu iki anlamın ortak öğeleri bulunmaktadır. Bunlar, öncelikle öznelerin ikiliği ve daha sonra, biraz belirsiz biçimde de olsa, denetime tâbi tutulan etkinlikle çelişebilecek bir davranış kuralının varlığıdır. Denetim işleminin, denetlenen etkinliğin düzeltilme-

sine yönelmiş görünmesinden hareketle, buradan belirli bir sonuç çıkması gerektiği ancak denetim kavramı bu sonucun doğası ve kapsamı hakkında doğrudan hiçbir ipucu vermemektedir. Somut biçimde değerlendirilen öznelerarası farklı ilişkiler, doğrudan pozitif disipline havale edilmektedir.

İki ana denetim türü olan siyasal ve hukuksal denetim, denetim kavramının anlamlandırılmasındaki ortak ve farklı unsurların kavranmasını mümkün kılmaktadır. Çok anlamlı "denetim" kavramı, iki denetim türünün birbirini tamamlayan niteliğini ve karşılıklı olarak üzerinde etkinliğe buldukları farklı alanları daha iyi anlamamıza yardımcı olmaktadır.

### **I. İktidarın bölünmesi , vatandaşların katılımını artırmaya yönelik bir yöntem: 1978 tarihli İspanyol Anayasasında siyasi iktidarın dikey dağıtımı.**

#### **1) Denetlenen iktidar, bölüşülen iktidar.**

Anayasa iktidarı sınırlamaktadır ve bu yöntemle iktidarı dağıtmakta, ayırmakta ve dengeyi aramaktadır. Geleneklere dayanan ama yeniliğin sonucu da olan bölüşmeler ve dengeler söz konusudur. XX. yy.'ın son çeyreğinde ki dönemde siyasi ve sosyo-ekonomik değişimlere karşı gelmek için gelenek ve yenilikler.

Franco diktatörlüğünün çıkışında vatandaşlar genellikle Avrupa'ya katılım isteğini kabul etmektedirler ve bu istek ilk demokratik seçimlerden itibaren (15.06.1977) Mecliste bulunan tüm siyasi partilere ortak bir hedef oluşturmaktadır. Avrupa Birliğine (yani hukuk tarafından yönetilen demokratik devletler Birliği) girme isteği, anayasanın "yan" iktidarlarının transferini sağlayan bazı kuralların onaylanmasında ve iktidarın denetimini sağlayan farklı kuruluşların (Anayasa Mahkemesi ve Halkın savunucusu) kabulünde ve de İnsan Hakların Evrensel Bildirisine ve temel hakları ile anayasanın tanıdığı özgürlükleri yorumlamaya yönelik diğer uluslararası kaynaklara İspanyanın açılmasında kendini göstermektedir. (İPA madde 10)

1978 tarihli anayasa tüm temel kurala özgü iktidarın sınırlama yönteminde bir dağıtım gerçekleştirdi. Ve böylece bu anayasa , Anayasa Mahkeme-

sinin kurulmasıyla “zenginleşen” iktidarın (yasa, yürütme , yargılama )yayımlı dağıtımın yanı sıra bir dikey dağıtım sağlamıştır.

Siyasal iktidarın ayrımı, ilk Amerikan anayasasından itibaren (böyle de gösterilmese bile) denge sistemi olarak düzenlenmiştir. İktidarın ayrılığı , kesin olarak kendi sınırlamasını oluşturmaktadır. Demokrasinin ve yeni anayasal düzenin kuruluşu, siyasi idari iktidarın baştan dağıtılmasıyla beraber olur. Franco diktatörlüğünün tamamen yok ettiği eski merkeziyetçi modeli değiştirmek gerekirdi. İkinci Cumhuriyet zamanında olduğu gibi, ademi merkeziyet ve demokrasi ayrılmayan iki kavram gibi gözükmemektedir.

Siyasal ademi merkeziyetçilik, devletin karmaşıklığı ve bugünkü toplumun aradığı fonksiyon ve işlevlerin karşısına çıkmak için uygun bir organizasyon biçimi olarak gözükmemektedir. İktidarın dağıtımını çarelerinin aranmasında ki deneyimi, siyasetlerin farklılığını ve bunların her toplumun ve her yerin isteklerine göre uygunluğunu sağlamaktadır; devletin iktidarına, toplumun içinde meydana gelen ihtilafları içermek için büyük bir esneklik vermektedir.(ALBERTİ)

Yeni siyasal örgütlenme, İspanya gibi tamamen merkezileştirici olan devletin geleneksel etkisizliğinden doğan sorulara bir cevap vermeye sağlamamıştı. Vatandaşların işlerinin yönetimin daha yakın, daha katılımcı ve daha etkili olmasını sağlayan bir sistem kurulmadı.

## 2) Değişken geometriye sahip olan ademi merkeziyetçilik.

1978 tarihli anayasa, hukuk kuralına, hukuka tabi olan siyasal iktidarın dikey dağıtımını sağlamaktadır. Ve Anayasa Mahkemesi bunun “bekcisi-dir” çünkü Devlet ve özerk toplulukların (Devletin diğer iktidarlara için olduğu gibi) aralarında ki uyumsuzlukları, Anayasa Mahkemesi çözmektedir. Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla uyumsuzluğu tamamen ele alıp rasyonelleştirdi, bu mahkemenin “özerk devletin” ilk kuruluş aşamasında yapıcı bir rolü olmuştur.

Hukukun ve özgürlüklerin garantisi olan anayasa, iktidarı sınırlamaktadır. Ama anayasanın başka bir işlevi de var: Toplulukların bütünleşmesi.

Bu bütünleşme İspanyanın hedefidir. Demokratik geçişin “kaderi” Bask ve Katalan’ın özerkliğine bağlıdır. (Anayasa Mahkemesinin başkanı TOMAS

Y VALIENTE ). Devletin siyasal örgütlenmesinde İspanya'nın farklı halklarını bağdaştırmak, eskiden kalan çözümlenmeyen temel bir soru oluşturmaktadır.

İspanyol ademi merkeziyetçiliğinin anayasal modelinin içeriğini ve niteliğini anlamak için temel bir unsur olduğundan, gerçeğin tamamen değişik olduğuna dikkat edilmelidir. Farklı bölgeler ve kendilerine tanıtma şeklinde çok ayrışık, karşılıklı toplumların “kendi kendilerine yönetme” isteği çok değişkendir.

Konsensüs isteği bir anlaşmayı sağladı. Bu anlaşma farklı görüşleri tamamen hoşnut etmemekte fakat bu anlaşma özel karakteri ve benzersiz bir model üzerinde yapılmaktaydı. Bu model klasik tariflere uymamakta fakat İspanya gibi karmaşık ve ayrışık bir gerçek üzerine hareket etmeyi sağlamaktaydı.

Bu konsensüs, 17 özerk topluluğun kuruluşunu kabul etti. “Özerk devleti” farklı bölgelerde ki vatandaşların seçimlerde veya sürekli yapılan anketlerde konuştukları zaman memnun edici şekilde bir işlev yapmaktadır. Bu bir başarı, tabi ki bask terörizmi gibi ağır sorunlar mevcudiyetini halen korumaktadır. 1977 tarihinden itibaren (ilk demokratik seçimlerin tarihi) İspanya, çağdaş tarihindeki demokrasinin en uzun dönemini tanımaktadır.

Demokrasinin ve ekonomik sosyal gelişmenin dönemidir. Bu gelişim geçiş zamanındaki yazılmış anlaşmalardan (MONCLOA Anlaşmaları) kaynaklarını bulmaktadır. Çok büyük bir ekonomik krize karşı gelebilmek için “siyasete çağırma” yapmak gerekliydi. (İlk demokratik seçimlerden gelen hükümetle ekonomik işlerin Başkan yardımcısı FUENTES QUINTANA). Bu Anlaşmaların siyasi yanı (demokratik kuruluşlar, özgürlüklerin rejimi, Ceza Kanununun reformu, siyasal ademi merkeziyetçilik) ve ekonomik bir yanı (parasal siyaset, vergi reformu, gelir siyaseti) var. Bu Anlaşmalar, demokrasinin, ekonomi-politiğin siyasi ve ekonomik kurumların temellerini kuran ve seçimlerle gelen tüm siyasi partiler arasında yapılmıştır. (TRULLEN)

Bu anlaşma, anayasal alanında daha sonra devlet modeli üzerine, birlik ve özerklik temeli olan devletin örgütlenmesi üzerine düzenlendi.

Bu anlaşma tarihsel uyumsuzluğun konusuna başlamak için yeni temeller oluşturmaktadır.

Karmaşık formüllerle de olsa, “anayasa, tüm İspanyolların ortak ve bölünmez Vatanı olan İspanyanın ayrılmaz birliğinde temelini bulmaktadır ve uluslar ile kendini içeren bölgelerin özerklik hakkını ve bunların arasında ki dayanışmaları tanımaktadır.”(İPA madde 2.) Eskiden anayasanın girişi farklı toplulukların, farklı kültür, gelenek , dil ve kuruluşların varlığını tanımaktaydı. Bu da, kastilyandan farklı olan “diğer İspanyol dillerinin” (İPA madde 3.) ve diğer bayrakların (İPA madde 4.) resmileştirme bildirisi ikinci Cumhuriyet döneminde yapılan referandumlara siyasi hukuki değerin verilmesi (İPA’nın geçiş maddeleri) anlamına gelmektedir.

Çok birleşimsel olarak gösterilen bu modelin unsurları şunlardır:

- İspanyanın çok ulusluk gerçeğinin tanınmasıyla ve farklı halklarıyla birlikte devlet birliğinin bağdaşımı, bu birlik çoğulculuk ve farklılığın saygısına dayanmaktadır.
- Anayasada yazılan temel unsurları içeren açık ve esnek yetkilerin dağıtım sistemi – bu minimum olan iktidar, Devletin elinde kalmalı – fakat somut halini alabilmek için ilerdeki başka kurallara yani bağımsız kurallara gönderim yapılmaktadır.
- Bu model tüm bölgelere tüm topluluklara geçerli ve böylece genelleşmeye elverişli “ katalan veya bask sorunu”nu çözmek değil, Devletin modernleşmesine el atılmalı (PADROS).

1978 tarihli anayasa ülkesel bir harita çizmemektedir. Anayasa bağımsız topluluklar yaratmamaktadır. özerkliğin genelleşmesi mümkündür fakat gereksizdir. Anayasa değişik kuruluşların ve farklı yetkilerin varlığını sağlamaktadır. Anayasa değişikliği onaylamakta ve değişken geometriye sahip şeklinde bir ademi merkezîyetçilik çizmektedir (MALARET).

İktidarın dağıtımını daha iyi demokratik denetimi, daha geniş katılımı, yönetenlerin daha büyük sorumluluğunu onamaktadır; yakınlık bir üstünlüktür. Ve özellikle İspanyanın tarihine bakarsak bu ikincil bir hedef değildir, siyasal iktidarın baştan örgütlenmesi, ademi merkezîyetçilik,



bütünleşme ile bütünleşmenin önemli bir etkeni oldu ve olmaktadır. İç birleşme, Avrupa Birliğinin içindeki ilerleyen ve hızlanan birleşmeye ve değişimlerin dünyacalaşmasına karşı gelmek için gereklidir.

Siyasi yerindelik yönetim ait olma duygusunu güçlendirmektedir. Bu düşünce kenara bırakılmamalı ve böylece bu da bütünleşme durumunda İngiltere'de ki "intikalın " ve iktidarın güçlenmesini ve alt devlet kuruluşlarının sorumluluğunu sağlamaya yönelik İtalya ve Fransa da ki yeni reformların gösterildiği gibi yerindelik yönetimin büyük etkisini açıklamaktadır.

## **II- Demokratik Denetim ve Kamuoyunun Oluşumu: Siyasal İradenin Demokratik Formasyonunun Etkililiği Koşulları**

### **1- Demokratik denetim ve meclis denetimi: Geleneksel ancak her zaman önemli bir denetim**

Anayasal devletin gerçekleştirilmesi, yalnızca iktidarın hukuka tâbi olmasını değil, aynı zamanda bu iktidarın halka devrini de içerir. Halk egemenliği, iktidarı kullanan organları oluşturan üyelerin halk tarafından seçilmesini gerekli kılmaktadır ancak yalnızca bu yönetime başvuruluyor olması halk egemenliğinin gerçekleşmesi için yeterli değildir.

Demokrasinin devlet ve hükümet iktidarının bir formu olarak tasarlanması, belirli bir iktidar örgütlenmesinin varsayar. Buna göre, iktidarın kullanımın halk (yurttaşların tümü) tarafından oluşturulmalı meşrulaştırılmalı ve denetlenmelidir. Tüm yurttaşlar buna eşit koşullarda katılabilirler. Temel hakların rolü burada devreye girmektedir: Seçim hakkı, kamu hizmetlerine girme hakkı, ayrıca ve özellikle iletişime ilişkin haklar-düşünce, enformasyon, basın, toplanma ve dernek özgürlükleri-, bu katılıma olanak tanımakta ve onu güvence altına almaktadır. Bunlar, demokrasinin kurucu haklarıdır zira siyasal görüş ve iradenin oluşumunda şeffaf bir sürecin temelini oluşturmaktadır. İleride bu noktaya tekrar döneceğiz.

Bu metinde ne devletin farklı görevlerine ilişkin farklı demokratik meşruiyet biçimleri, ne de kamusal örgütlenmelerin ve bunların farklı eylem biçimlerinin gerektirdiği farklı meşruiyet türleri üzerinde durulacaktır. Demokratik denetimin etkinliğinden müphem bazı sorunların ortaya konma-

sıyla yetinilecektir.

Bu çerçevede demokratik denetimden, iktidarın halk tarafından – katılanların eşitliğinin güvence altına alındığı koşullarda yapılan –serbest ve rekabete dayalı belirli sürelerde yinelenen seçimler aracılığıyla denetlenmesi yanında, meclis denetim ve parlamento tarafından oluşturulan kurumların gerçekleştirdiği daha özel (uzmanlaşmış) denetim anlaşılmaktadır. Burada, seçmenlerin periyodik olarak oy vermesi suretiyle gerçekleştirilen denetime ilişkin, farklı anlayışlar arasında ihtilaf ve karşıtlıklara yol açan tartışmanın tümü ele alınmayacaktır.

Ancak bu konuyu şimdi ele almayacak olsak da, merkeziliği dolayısıyla en azından anımsatabiliriz ;aşlında, meclis denetiminin ve onun doğrudan ta da dolaylı türevlerinin varlık nedeni bu denetimdir. Halkın temsilcisi olan parlamento, egemenliği elinde bulundurmakta ve açıkça çeşitli yetkilere kaynaklık etmekte ( örneğin İspanyol Anayasası'nın 1.2 ve 66.1 maddeleri), hükümetin etkinliklerini denetlemektedir.( örneğin İspanyol Anayasası'nın 66.2 maddesi).

Öncelikle, meclis denetiminin kapsamı ve anlamı hakkında bazı tespitlerde bulunmak gerekir. Amacına ulaşan gensoru önergelerini sınırlı sayıda oluşu dikkate alındığında gerçek yararı üzerinde kuşkular bulunan bu türden bir denetim bugün için, aşlında olması gerekenden daha az önemsenmektedir.

Ancak bazı yazarların belirttiği gibi denetim ile ön denetimden kaynaklanan bir önlemin alınması arasında fark olduğunu kabul etmek gerekir. Bu önlem her zaman, denetlenen davranışın geçersizliği sonucunu doğuran yaptırım biçimini almamaktadır.

Şayet gördüğünüz gibi, meclis denetimi meşruluğunu parlamentonun temsili niteliğinden alıyorsa ve parlamentonun demokratik güvenceye ilişkin anayasal misyonu, halkın meclis denetimi mekanizmaları aracılığıyla yürütmenin etkinliklerini ve temsilcilerinin buna ilişkin görüşlerini öğrenmesini sağlayacak kamuya açık bir tartışma formu olmak ise, denetim görevi, bir gensoru önergesi verilmesi olasılığından ve bunu doğrudan etkisinden bağımsız olarak, bizatihi önem kazanır.

Yaptırım, hükümetin görüşüne karşıtlığı ifade eden, kamusal bir tarzda kaleme alınmış bir eleştiriden de ibaret olabilir. Hatta bazı durumlarda bu karşıtlık, yasamanın kendi iradesini benimsetmesini sağlayacak (bir yasa yapmak ya da bütçeyi değiştirmek gibi) önlemler almasına da yol açabilir. SARTORI'nin bir süre önce belirttiği gibi, Parlamento'nun yalnızca varlığı bile, iktidarı koşula bağlamaktadır.

RUBIO LLORENTE'nin kesin olarak belirttiği gibi temel araç, parlamentodaki kamusal eleştiridir, farklı görüşler arasındaki çelişkiyi, egemen iradesiyle, biri ya da diğeri lehine çözüme bağlayacak olan halka başvurulmasıdır. Parlamenter denetim yollarına gidilmesinden daha iyisi, bakış açısını değiştirilmesi ve tüm meclis etkinliğinin bu gözle algılanmasıdır. Parlamento yalnızca yasama erkinen sorumlu organ değildir. Aynı zamanda, toplumun siyasal çoğulculuğunun ifadesi ve örgütlenmiş farklı siyasal güçlerin hükümetin faaliyetini, kamuya açık ve sürekli biçimde tartışmak üzere karşı karşıya geldikleri bir kurumdur. Hükümetin eylemiyle bir karşıtlık söz konusu olduğunda, meclis denetimin öncüsü, parlamentodaki azınlık olacaktır. Bu azınlığın hükümet siyasetine ilişkin eleştirel değerlendirmesi, açık ve özgür bir toplumun devamını güvence altına almak amacıyla topluma sunulmalıdır. İşte bu nedenle, bazı süreçlerin işletilmesine veya birtakım yollara başvurulmasına (örneğin, araştırma komisyonlarının kurulması) ilişkin kararlar, münhasıran azınlığın iradesine bırakılmalıdır.)

Şayet meclis denetimin ( tek işlevi bu olmamakla birlikte) temel işlevi, halkın/seçmenin siyasal ve hukuksal düzen üzerinde tasarruf edebilmesini mümkün kılacak kamusal tartışma ortamını sağlamaksa, siyasal iradenin demokratik formasyonunun etkili bir biçimde oluşması için gereken koşullar üzerinde durmak gerekir. Daha somut olarak, bazı problemleri ve bunlara uygun çözümler bulma gereksinimini ortaya koymamızı sağlayan iki sorun üzerinde yoğunlaşacağız.

## **2- Siyasal İradenin Demokratik Formasyonunun Koşulları: İletişim Özgürlüğü ve Enformasyon hakkı**

Daha Önce de belirttiğimiz gibi iletişime ilişkin temel haklar (İspanyol Anayasası'nın 20.1.d maddesinde açıkça öngörüldüğü gibi, herhangi bir

yayın aracı vasıtasıyla bilgiyi yayma ve bilgi edinme hakkı ), demokrasi için kurucu nitelik taşımaktadırlar. Bunlar, herkesin katılımıyla siyasal irade ve görüşümün oluşumunu sağlar. Bu anlamda iki yönlü bir etki gösterdikleri söylenebilir. Bunlardan ilki, kamu gücünün müdahaleleri karşısında bireysel özelliklerin korunmasıdır. İkine paralel olarak ikincisi, bu hakların toplumun nesnel değerleri olmak sıfatıyla yasakoyucu, herkesin bilgiye ulaşmasını ve her görüşün kamusal iletişim alanı da ifade edebilmesini güvence altına alan, kamuoyu oluşturmanın açık sürecinin yaratılmasını mümkün kılacak önlemler almaya zorlamasıdır.

İfade ve enformasyon özgürlüklerinin, farklı değerleri korudukları için, farklı içeriklere sahip olduklarını anımsatmak ilginç olabilir. Yine de bunlar, sıklıkla birbirine karıştırılır. İfade özgürlüğü düşünceye ilişkindir; düşündüğümüzü ifade etmeyi anlatır. Bunun anlamı, bu özgürlüğün, görüşleri öznellikleri içerisinde açıklamayı mümkün kıldığıdır. Buna karşılık "bilgi", olaylara ilişkindir ve olaylarda neseldir. Olaylar çok farklı biçimlerde yargılanabilir ya da değerlendirilebilir, bu durumda yine "ifade" alanına girilmiş olur. Bu iki özgürlüğün bazen eşzamanlı kullanımı, ayrı alanlara sahip oldukları halde, korunmaları ve özellikle etkili kılınmaları için bir takım mekanizmalar öngörülmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu, demokrasinin hem gelişim yönü hem de koşulu olma işlevlerini yerine getirmeleri için zorunludur. Kamusal bir tartışmayı garanti etmek için.

Yasakoyucu olaylar, sözler, programlara ilişkin açık enformasyon ile bakış açısı ve görüş alışverişinin, kısaca yurttaşların, demokrasinin kendilerine tanıdığı siyasal katılma hakkını etkili biçimde kullanmalarını mümkün kılacak bir kamusal tartışmanın varlığını güvence altına almalıdır. Kamuoyu olmaksızın veya gizlenen kısmi enformasyonla demokrasinin varlığından söz edilemez.

Medya iktidarının yeni biçimleri ve medyaların bir yerde toplanması karşısında, bu sorun yeni bir boyut kazanmaktadır. Bu süreç, daha önceleri bilinmemekteydi zira bu gelişmeler, yeni enformasyon ve iletişim teknolojileri ve bunların yöneşmesi (convergence)nin doğrudan sonucu olmasa da bunlar tarafından hızlandırılmıştır.

Demokrasiye ilişkin çoğulculuğun güvence altına alınmış olması, çıkan yeni yapıların korunmasına elverişli kurumların oluşturulmasını gerektirmektedir. Böylece, kamusal iletişim araçları açısından iç çoğulculuğun, özel iletişim araçları açısından ise dış çoğulculuğun sağlanmasını güvence altına almakla görevli yeni otoritelerin ortaya çıktığı görülmektedir.

Siyasal iktidarın kamusal iletişim araçlarını korumak, onları hükümete karşı bağımsız bir duruma koymak onları hiyerarşi dışı, yönetim iktidarı dışı ve anayasaların idarelerine göre yönetenlere verdiği tasarruf yetkisi dışında bırakmak gerekir.

Ve ayrıca “içeriklerin üreticileri” olan bazı büyük özel gruplarda ki medyatik iktidarın toplanması, bu toplanmanın yeni “oparatörlerin” girişini ve rekabetin gelişmesini engelleyebileceği için sanayi özgürlüğü sorunu ortaya koymakta ve bununla da bitmemektedir, çünkü siyasi özgürlük ve demokrasi soruna da neden olmaktadır. Tartışmaya katılan oy sayılarının azalması bu tartışmanın yok olmasını tasarlamaktadır.

Pazar içindeki rekabetin savunulmasının geleneksel kuralları yetersiz olmaktadır. Farklı medya tiplerinin toplanması, demokrasi sorunu olan “oy” sorununa neden olmaktadır. İletişim “pazarın” içindeki denetim ve etkili bir pozisyonun varlığına, çelik pazarı örneğindeki durumdan farklı olarak bakılmalıdır. Haberci çoğulculuğu kendine özgü bir değerdir. Ve çoğulculuk, halkın bağımsız iletişiminin farklı araçlarına farklı içeriklere erişme olanağını sağlamaktadır.

Böylece değişik hukuki rejimler ve başka sektörlerde ki toplanmalara göre iletişim alanında ki toplanmaları incelemeyi sağlayan farklı kriterler mevcuttur. Toplanmaya izin veren karar, sanayinin pazarda ki alacağı yerine bağlı değil de, bu toplanmanın gerçekleşmesiyle sanayinin kamusal düşünce üzerinde ki etkisiyle bağlıdır. Böylece iletişim alanında hiçbir hâkim durum, iç gelişme yöntemin sonucu da olsa, kabul edilemez.

Değişik hukuki rejimler bu değişiklik de toplanmaların denetim yetki değişikliğini tasarlamakta veya buna neden olmaktadır.

Bu bağlamda kamu yayıncılığı araçları, yeni bir meydan okuma karşındadırlar ve buna uygun biçimde yanıt verebilmeleri için, yeniden yapılan-

dırılmaları ve düzenlemeleri gerekir. Bunların devletin etki alanından çıkarılarak, (İspanyol Anayasası'nın 20.3 maddesinde öngörüldüğü gibi) siyasal, sosyal ve kültürel çoğulculuğun dışavurumunu sağlamaktan ibaret olan kurumsal misyonlarını yerine getirebilmelerini mümkün kılacak bir konuma kavuşturulmaları gerekir.

HIRSCHMANN'la birlikte anımsatmak gerekirse, topluluklar ve bireyler "ses"ten, hissetmelerini ve dinlemelerini mümkün kılan mekanizmalardan yoksun bırakıldıklarında, sahneyi terk etmekten başka seçenekleri kalmamaktadır.

## II. Denetimlerin çoğalması ve çeşitlenmesi: belirli bir uzmanlaşmaya doğru, Ombudsman ve Sayıştay

### 1) Denetim kurumlarının zenginleşmesi: <<el Tribunal de cuentas>> ve özerk topluluklardaki türdeşleri

Kamu erklerinin denetiminin en önemli boyutlarından biri, kamu kaynaklarına ilişkin olanıdır. İspanyol Anayasası, bu görevi yerine getirmek için özel bir kurum öngörmüştür: 'Sayıştay'.

Bu kurum karma veya daha doğrusu melez bir yapıya sahiptir.

Bir yanda parlamentoya bağlı bir yerindelik denetimi yapar bir yandan da Parlamente tarafından yetkilendirilmesiyle görevlerini yerine getirmektedir (İPA m 136). Görevi, Bütçenin uygulanmasına ilişkin olup Meclis denetimi yapar. Diğer yandan, bir mahkeme olarak da, ciddiyetleriyle tanınan hukukçulardan oluşan, bağımsız bir statüye ve bütçe yönetimi üzerinde yalnızca hukuksallıkla sınırlı bir denetim görevine sahip bir kurumdur. (Suç fiilleri düzenlenmektedir ve yaptırım uygulama yetkisi bulunur).

Sayıştay, Meclis ve kamusal düşünce arasındaki ilişkinin önemli aracı **Resmi gazetede yayımlanan ve Mecliste konuşulan yıllık rapordur**. Fakat bunun halk tarafından kuvvetli bir denetim aracı olabilmesi için dili vatandaşlar tarafından anlaşılabilir hale gelmelidir. Kamusal kaynakların kaderini anlatan bu raporun içeriği "teknisyen" alanından vatandaş alanına geçmelidir. **Uygun dil olmadan reklamcılık anlam-sız bir usulle değişmektedir ve demokratik tartışmaya bir faydası yoktur. Demokratik denetimin araç görevini yerine getirmemektedir.**

Bağımsız toplulukların bağımsız statüleri bu şekli benimsediler ve bunu kurumsal çerçevelerine yazdılar.

**2) Yurttaşlara tanınan hukuksal korumanın genişlemesi ve idarenin yargı dışı denetimi: <<Defensor del Pueblo>> ve özerk topluluklardaki türdeşleri**

İdarenin işleyişine Meclis denetimi gereklidir fakat sürekli krizdedir.

Bunun nedeni olan farklı nedenleri burada incelemeyelim, ekonomik ve sosyal hayatta idarenin önemiyle ilgilenmemiz yeterlidir.

İdarenin gelişmesi yavaş yavaş birçok idari örgütlenmelerle ve bunların çeşitlenmesiyle oluşur. Ve ayrıca sorunların ve karar almanın karmaşıklığı (çevre, sağlık ve bio teknolojinin korunması) demokratik denetiminin etkisi için yeni hedefler getirmektedirler.

Böylece 70 yıllardan itibaren idarenin denetimi için yeni kuruluşların yapılmasını görmekteyiz. Bu kuruluşlar İsviçre Ombudsmanın Meclis denetiminin tamamlayıcı karakterini ve etkisini gösterdiği andan itibaren meydana gelmişler.

Bu ombudsman, açıklığın önemli bir etkenidir. Bu şartlar kendilerinden denetim unsurlarıdır (Bobbio bunu vurguladığı gibi).

Bu yeni kuruluşun meydana gelmesinde doğrudan etkenler mevcuttur. Bu haklar, yasa koyucu tarafından verilmiştir fakat bu haklar, Avrupanın savaş sonrası anayasalarında ki değeri olan özgürlüğün ve insan onurunun korunması alanında yazılmıştır. Bu haklar az bir ekonomik içeriğe sahiptir fakat kişisel onur için büyük bir anlam içermektedir. Ayrıca hakime önüne gitmeyen konularda içerik bulur (hükümlü, akıl hastası, kötü muamele gören kadın ve çocuklar).

Bu denetim, kötü yönetimden hatta hiç yönetemeden kaynaklanmaktadır. Burada yalnızca, yurttaşların isteklerine değil, aynı zamanda yönetilenlerin taleplerine de yanıt vermeyen idare denetlemektedir.

Anayasa, hakların korunması için Meclis tarafından seçilen, Meclisin "yüksek komiseri" olan "halkın savunucusu" kuruluşu benimsemektedir ve böylece bu "komiser" idareyi denetleyebilmektedir. (İPA M.54). Buna

benzer, farklı Özerk Toplulukların özerk statüleri buna paralel kuruluşlar meydana getirdiler. Halkın Savunucusu, Meclis ve kamusal düşünce arasında ki raporun tercih edilen aracı **yıllık rapordur ve bunun kamuya gösterişi ile Meclis konuşmasıdır.**

### III. (idare işlevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak ) katılımın yeni anayasacılığa girişi

Katılım bugün yeni bir odaya gibi görünmektedir (Klinsberg). Yakın tarihli bu tespitten hareketle, katılım etrafındaki görüşlerin ve idarenin demokratikleştirilmesinin nasıl elektrik bir güzergah, bu odayaşamayı açıklayan bir yol izlendiğini belirtmek istiyoruz.

Yurttaşların, derneklerin ve ekonomik, sendikal ve mesleki örgütlerin idari kararların alınmasına katılması, artık demokrasiye aykırı addedilmektedir (KELSEN). Ancak buna paralel olarak katılım saygınlığını yitirmiştir; artık temsili demokrasinin eksiklerini, açıklarını tedavi edecek bir aşı değildir.

Buna paralel olarak, katılım "tacını" kaybetti, demokrasinin yanlışlıklarını, eksiklerini gidermek için artık bu bir çare değil. Fakat katılımın güvenli bir ortama neden olduğu doğrudur. Böyle bir ortam, vatandaşların Birliğe dahil olmalarına ve kamusal siyasetlerin verimlerini artırmaya neden olmaktadır.

Döneminin ürünü olan 1978 İspanyol Anayasası, bu kavrama yabancı değildir. MARTIN RETORTILLO'nun belirttiği gibi, katılıma ilişkin olarak zengin bir metni bulunmaktadır. Çeşitli hükümlerinde, ailelerin, öğretmenlerin, ve öğrencilerin kamu kaynaklarına dayanan öğretim merkezlerinin yönetim ve denetimine (madde 27.5), tüketici derneklerinin idari kararların alınmasına (madde 51.2), dernek ve örgütlerin düzenleyici usulle ve <<ilgiliiler>>in sosyal güvenliğin yönetimine (madde 129) katılması öngörülmektedir. Bu katılımın kapsam ve doğası-usule veya organlara katılım -, yasa ile tanımlanmalıdır.

Ancak buradaki temel sorun bu katılımın, yurttaşların kamusal işlere, doğrudan veya belirli aralıklarla yinelenen serbest seçimlerde genel oyla seçilen temsilcilerin aracılığıyla (madde 23) katılımın tamamlayıcısı ola-



rak ortaya çıkmasıdır. Siyasal katılım, anayasal statüdeki temel hukuk tarafından korunmaktadır; bir başka anlatımla yasakoyucu, bu konu üzerinde serbestçe tasarruf edemez. Siyasal katılım, anayasada öngörülen, referandum- yalnızca danışma referandumu- (madde 92) ve yasa önerileri için halk girişimi (madde 87) gibi başka bazı kurumların tamamlayıcısıdır.

Halkın iradesini oluşturmaya yönelik siyasal katılım, başka türden bazı katılım biçimlerine sınır getirmektedir. Bunlardan biri de, yasa boşluklarını ve yasakoyucunun idareye bıraktığı takdir yetkisine ilişkin alanları doldurmanın bir aracı olarak görülen idari katılımdır. Karşılıklı çıkarların benzeşmezliği ile idareden bilgi sağlamanın zorlukları, kararın muhatabının gereksinim ve görüşlerinin dinlenmesini ve dikkate alınmasını gerektirmektedir. Anlaşılmayan ya da niteliksiz bir kararın uygulanmasıyla doğabilecek sorunlar ve masraflar-özellikle zaman açısından-, katılımın genişlemesinin nedenlerindedir.

Fakat şunu da eklemeliyiz: Bu anayasal “tahminler” yasa koyucu tarafından daha sonra genişleyen katılımın artırma isteği laf olarak boş içerikli kaldılar.

Diyalog kültürü ve konsensüsün arama geleneği olmadığından, katılım bir oyalama haline dönüşebilir, kendilerini duyurmak için yeterli kaynakları olan bazı özel gruplara sorumluluğun transferini yasallaştırabilmektedir.

Böylece bazı alanlarda, şu durumu bulabiliriz; idare “mahsuzdan yapmaktadır”, farklı katılımcıların önerilerini dinlemiş gibi yapmaktadır ve idari içtihatların bu kusuru kararı iptal etmek için yeterli görmediğinden, böyle davranış daha da çok gözükmektedir. Böylece katılım idarenin zorunluluğu değil de daha çok onun tasarrufu olarak yer almaktadır ve ayrıca sosyal “oyuncuların” cesareti kırılmaktadır ve kendi düşünceleri ile görüşlerini masa üstüne koymaya çok hevesli değiller.

Katılım pratiği üzerinde ki araştırmalar katılma isteği ile katılım gerçekliği arasında bir mesafe olduğunu göstermektedirler.

Bence, İspanyol hukuk sistemin çerçevesinde ki katılımın özellikleri bunun karar almanın nasıl demokratikleşme etkeni olduğunu göstermektedir. Tâbi ki bu da önemli bir denetim etkeni tasarlamaktadır, fakat bu yön

daha çok bulanık olarak görülmektedir. **Katılım bir açıklık tasarlamakta ve bunu zorlamaktadır**, tüm saptamalara karşı bir “bekçi” olmaktadır ve istenilmeyen bir durumu sağlamaktadır.

Eskiden hiyerarşik veya bürokratik örgütlenmelerin biçimleriyle meşgul olan alanlar, şimdi sınırlı da olsa değiştiler. Böylelikle tohum atılmış oldu.

Ancak, çoğunlukla yasakoyucu tarafından genişletilen bu anayasal <<öngörüler>>, sıklıkla içerikten yoksun salt teorik olarak kalmaktadır. Bir diyalog kültürü ve oydaşma arayışı olmadığında katılım bir aldatmacaya dönüşebilmekte, daha da kötüsü sorumluluğun, idareyle anlaşmak için gereken kaynak ve araca sahip olan bazı özel kişilere devrini meşrulaştırılabilmektedir. İdare <<yapar görünmekte>>, idare mahkemesi bu kusuru işlemi iptal etmek için yeterli görmemekte ve katılım, idarenin bir yükümlülüğü değil bir olanağı olarak kalmaktadır.

İspanyol Anayasası, idari katılım dışında jüriler aracılığıyla yargısal işlemlere katılımı da öngörmektedir (madde 125)

## Sonuç

İktidarın “çerçevesi” olan Anayasa denetimleri düzenlemektedir; fakat bunların etkisi doğrudan demokratik siyasi kültürün varlığına ve sosyal, ekonomik ve kültürel bazı benzeşikliğe bağlıdır. STUART MİLL’in dediği gibi siyasi katılım eğitimin kaynağı olduğu doğruysa, iktidarın yayılması ile karışımı, onun yeni biçimleri de eğitim isteğinin kaynağı olduğu da doğrudur.

Yerindelik, siyasi iktidarın baştan dağıtımını siyasi katılımın önemli etkendir; iktidarın bölüşülmesi, onun sınırlanmasına ve özellikle denetlenmesine neden olmaktadır. İktidarın yerindeliği, demokrasiyi arttırmayı ve de kamusal hizmetleri daha iyi yönetmeyi ve ekonomik, sosyal gelişmeye yardım etmeyi sağlamaktadır. Siyasi iktidarın sıralanması Topluluğa özgü işleri yönetmeyi sağlayan yeni kuruluşların yapılması, bizim toplumumuzun değişken durumlarının esnek bir şekilde üstesinden gelebilen “kozları” oluşturmaktadırlar.

Bu toplumlar her gün daha çok çok kültürlü ve oralarda değişiklik, farklılık zengin bir etken gibi gözükmektedir.

Temsilci kuruluşlar ile iletişim ve kamusal düşüncenin oluşumu araçları arasında ki ilişki, iktidarın demokratik işleyişi üzerinde her zaman tartışmalı bir konu oldu. Tâbiki “anayasal çalışmalar” buna sınırlı çareler getirebilirler; fakat bu durumda, bu sorun niteliği üzerinde ki bilinç ve bu ilişkiler üzerinde ki dikkatlilik, önemli bir soru olmaktadır. Kamusal düşüncenin oluşuna ve gelişmesine karşı olan engelleri ele almak, bunların üstesinden gelmeyi sağlayan siyasetleri hazırlamak için önemli bir görev olmaktadır.

Yine, vatandaşlık için eğitim, bu yeni bin yıllık başlangıcısın da büyük bir hedeftir.

Yeni kurumların kaynağında, denetimin gerekleri, farklı bileşenlerle çoğalması, derinleşmesi ve zenginleşmesi yer almaktadır. Çeşitli denetim kurum ve teknikleri, zaman zaman alüvyonlu topraklar gibi birbiri üstüne yığılmaktadır. Bunun riskleri ve kötü etkileri bulunmaktadır; karşılıklı etki ve gerekler nötrleştirilmelidir (yansızlaştırılmalıdır). Denge arayışı, zorunlu hale gelmektedir.

### **Oturum Başkanı**

---

Efendim, demokratik kontrolü çok geniş bir açıdan ele alan ve demokratik toplumun oluşumu için kontrolün çeşitlendirilmesi ve çoğaltılması gerekliliğini ortaya koyan Sayın Profesör Elisenda Malaret’e teşekkürlerimi sunuyorum.

Buyurun Zafer bey; söz sizin.

### **Prof. Dr. Zafer Üskül**

---

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

---

Keşke -İspanyol diyeceğim ama, acaba Katalan demem daha mı doğru olur- Katalan meslektaşım daha uzun süre konuşabilseydi; çünkü İspanyol örneğinden gerçekten yararlanabileceğimiz birçok unsuru çıkarabiliriz.

Tabii İspanya örneğinde sorun haline gelmeyen bazı konuların bizde sorun haline geldiğini de hemen vurgulamak gerekiyor. Doğrudur; iktidarın kullanıldığı her yerde, iktidarın kötüye kullanılması olasılığı vardır. Dolayısıyla iktidarı sınırlamak ve denetim altına almak gerekir. Temsili demokratik sistemlerde, parlamentonun yürütme üzerinde gerçekleştireceği denetim önemlidir. Yargı denetimi bizim konumuz değil, o bakımdan bugün üzerinde durmaya gerek yok, yarın tartışılacak. Parlamentonun denetimi önemlidir; ama parlamentonun kimi temsil ettiği sorusunu önce sormak gerekir. İkincisi, bu temsilin ne ölçüde gerçekleştiği sorusunu sormak gerekir. Acaba toplumda bütün düşünceler siyasal parti halinde örgütlenebiliyor mu; örgütlenebiliyorlarsa, programlarını özgürce anlatabiliyorlar mı, propaganda özgürlüğü sağlanmış mı? Düşünce özgürlüğünden başlayarak propaganda özgürlüğüne kadar, alanda gerçekten evrensel demokrasinin koşullarına uygun bir düzenleme var mı? Aynı zamanda buna karşı seçmenin siyasal partilerin programlarıyla ilgili, yapılarıyla ilgili, bütün yönleriyle ilgili bilgilere ulaşma olanakları sağlanmış mı? Bu konularda eksiklikler varsa, parlamentonun temsil kabiliyetinin tam olduğunu söyleyemeyiz. Eğer bazı düşüncelerin örgütlenmesi, siyasal parti olarak örgütlenmesi yasak ise ve düşünce özgürlüğü üzerinde evrensel standartların ötesinde sınırlamalar mevcutsa, parlamentonun halkı tam olarak temsil ettiği söylenemez. Dolayısıyla da parlamentonun yürütme organı üzerinde gerçekleştireceği denetimin yeterli yaygınlıkta olacağı düşünülemez.

Bir başka temel soru, bütün bunlar İspanya'da olduğu gibi gerçekleşmiş bile olsa; acaba temsili sistemin yapısı, demokratik sistemlerde vazgeçilemeyen siyasal partilerin devreye girmesi, siyasal partilerin parlamentoda partileri mi temsil ettiği; yoksa gerçekten halkı mı temsil ettiği sorusunu sormamıza yol açıyor. İki günden beri yapılan tartışmalarda, siyasal partilere karşı bir tepkinin olduğu apaçık ortada. Bence bu, aslında temsili demokratik sistemin çözemediği ve çözemeyeceği bir sorundur. Çünkü siyasal partiler, giderek halkın değil, partililerin sorunlarını öncelikle çözmek üzere parlamentoda temsil edilmektedirler, olanakları önce kendile-

rini ayakta tutacak parti sistemi içinde kullanma yolunu seçmektedirler. Dolayısıyla denetim söz konusu olduğunda da, iktidara karşı muhalefet partilerinin denetim işlevini halk adına yapabildiklerini söylemek mümkün değildir. Bu, bence temsili demokratik sistemin tıkandığı noktadır; bunun aşılması için başka birtakım olanakları aramak gerekiyor.

Kuşkusuz parlamentoda yapılacak denetim, kamuoyunun oluşmasında etkili olacaktır. Elbette parlamento bir forum haline gelebilir, gensoru önergelerinin görüşülmesi sırasında sorulara verilen cevaplarda vesairede. Belki araştırma komisyonlarının kurulması sadece muhalefetin tekeline bırakılabilir, iktidar partilerinin oyları aranmayabilir; dolayısıyla bir tartışma yaşanabilir ve kamuoyu elbette bundan olumlu biçimde etkilenir, bilgilenir. Ama bunun etkili olabilmesi için, siyasi iktidarın kamuoyunu dikkate alan bir iktidar olması gerekir, dolayısıyla halkla siyasi partiler arasında gerçekten organik bir bağın olması gerekir. Eğer bu yoksa, uygulamada bizim ülkemizde çok kolaylıkla görebildiğimiz gibi, kamuoyunun parlamento üzerinde etkisinin hiçbir biçimde ortaya çıkmadığı yine de gözlenebilir. Bunu aşmanın yolu, sanıyorum hem siyasi düzeyde, hem de yönetsel düzeyde halkın yönetime katılması yollarının açılmasından geçmektedir; yani katılımcı demokrasi anlayışının gerçekleştirilmesinden geçmektedir. Ancak, bunun koşulları var. Bence en başta gelen koşullardan birisi, yine İspanya'nın gerçekleştirmeyi başarabildiği gibi, merkezde toplanan yetkilerin ülke yüzeyine dağıtılmasından geçmektedir. Bütün yetkilerin merkezde toplandığı bir sistemde, halkın yönetime katılması son derece düşük bir düzeyde kalacaktır, çünkü halkın merkeze ulaşması son derece zordur. Ancak, yetkiler yerel yönetimlere dağıtıldığı zaman, önemli bir bölümü yerel düzeyde çözümlenmeye başladığı zaman, o yörede yaşayan insanların o yönetimlere katılması çok daha kolay olacaktır. Dolayısıyla eğer Türkiye'de bir yeni Anayasa yapılacaksa, yerel yönetim reformunun temeli bu yeni Anayasada mutlaka yer almalıdır.

Tabii biraz önce anlattığım bölümle ilgili olarak da Anayasada yer alması gereken hususlar var. Bunlardan bir tanesi, siyasi partilerle ilgili özgürlük alanının genişletilmesidir. O konuda Avrupa standartları bellidir, yeni keşifler yapmaya gerek yoktur; o standartların Türkiye'ye aktarılması yeterlidir.

Devam edersek, katılmanın en önemli koşullarından bir başkası, bilgi edinme konusudur. Eğer bilgi yoksa, yönetmek mümkün değildir. Yönetim tekeli, günümüzde artık bilgi sahiplerinin elindedir. Halkın yönetime katılması sağlanmak isteniyorsa, bilgi edinme hakkının mutlaka tanınması gerekir. Ben, bunun da bir Anayasal hak olarak Anayasada yer alması gerektiğini düşünüyorum ve bunu öneriyorum. Herkesin bilgi edinme hakkı vardır ve tabii bilgi edinme hakkı öngörülse bile, bunun sınırları sorunu gündeme gelecektir. "Milli güvenlik nedeniyle sınırlanabilir" dediğiniz anda, milli güvenlik anlayışının tanımı şimdi olduğu gibi son derece geniş bir biçimde yapılırsa, her şey yine devlet sırrı olarak kalacaktır. Dolayısıyla bu hakka getirilecek sınırın da sınırlayıcı bir biçimde öngörülmesi gerekir.

Bilgi edinme hakkı böylece öngörülür ise ve bunun yanında yönetimin gün ışığında gerçekleştirilmesi ilkesi yine bir Anayasal ilke olarak öngörülür ise, o zaman halkın yönetime katılma olasılığı son derece yükselebilecektir. Kuşkusuz özellikle Türkiye gibi ülkelerde halkın yönetime katılmasında başka birçok engel vardır. Devlet işlerine karışmanın kötü görüldüğü, densesizlik görüldüğü, hatta bazen böyle çok korku içinde yetişmiş insanlar açısından asla girişilmemesi gereken eylemler biçimde görüldüğü bir kültürel ortamda, halkın yönetime katılmasını beklemek çok kolay olmayabilir. Bu bakımdan, insanların her şeyden önce can güvenliğinden emin olmaları gerekir. Bu, son derece önemlidir; çünkü bizde yönetime katılmaya kalktığınız anda; tabii demokratik yollardan, meşruiyet sınırlarını aşmadan yönetime katılmak istediğinizde, çok çeşitli engellerle ve baskılarla karşılaşma olasılığı son derece yüksektir. Bu bakımdan, birinci kuşak haklar diye iki gündür üzerinde konuştuğumuz hakların güvencelerinin çok etkili bir biçimde Anayasada öngörülmesi gerekir. Belki doğrudan konumuz değil bugün; ama bu hakları güvence altına almadan katılımcı bir demokrasi anlayışını yerleştirmek mümkün görünmüyor.

Medya açısından önlemler almak gerekir. Bana göre, Anayasada medyanın tekelleşmesini önleyici hükümler bulunmalıdır. Bu da yetmez; medyanın çoğulluğunu sağlayabilmek için devletin ödev üstlenmesi gerektiğini de Anayasada belirtmek gerekir. Eğer bir grup insan son derece güç madde koşullarda bir dergi çıkartabiliyor, ama bunu dağıtım tekelleri yüzünden dağıtamıyorsa, devletin bu noktada devreye girmesi, belki posta ücret-

lerini onlar için düşürmeyi öngörmesi gerekir. Dolayısıyla medya tekelinin tek başına önlenmeye çalışılması yetmez; ama insanların özgürce, özellikle yazılı basın alanında devletin maddi desteğine sahip olabileceği bir düzenin yaratılması gerektiğini düşünüyorum. Dolayısıyla küçük medya diye adlandırılacak medya desteklenmelidir.

Kuşkusuz katılımın önündeki en önemli engellerden birisi, eğitim düzeyinin düşüklüğüdür. Bu, genellikle, yani “Bu cahil halka bir de katılma olanağı sağlarsak, acaba hem bir yandan karar alma sürecini yavaşlatmış olmaz mıyız, hem de acaba yanlış kararların alınması sonucunu doğurmuş olmaz mıyız” ya da bir başka biçimde, yani “Belediyelere imar yetkisi verildi de ne oldu; bütün kentsel alanlar talan edildi, o düzeydeki insanlara bu tür yetkilerin verilmesi çok olumsuz sonuçlar doğurabiliyor.” Kuşkusuz bu eleştiriler geçerlidir; ama bunların önlemlerini almak mümkündür. Unutulmasın ki, genel oy için mücadele edildiği dönemlerde de, 19. Yüzyılda da genel oya karşı çıkanların savunduğu, öne sürdüğü argümanlardan en önemlisi, halkın, milletin yararını tam olarak bilebilecek düzeyde olmamasıydı. O zaman eğer bu görüşe değer verilseydi, en azından bazı ülkeler bakımından genel oy ilkesine de hâlâ günümüzde ulaşılammış olabilirdi. Bunu aşmak gerektiğini düşünüyorum. Tabii işin bir de tersinden görülmesi gerektiğini düşünüyorum. Eğer eğitim düzeyinin düşüklüğü, katılma konusunda bazı sorunlar yaratıyorsa; bence bu sorunları aşmanın yolu, katılım yollarını açmaktır, insanların eğitilmesini beklemek değildir. Çünkü katılırken de eğitilecektir insanlar. Dolayısıyla işin iki yanını birden görmek ve önlemleri ona göre almak gerekir diye düşünüyorum.

Elbette bir başka risk daha var: Katılım mekanizmaları öngörüldüğünde, geçim derdi içinde olan insanların, akşam evine götüreceği ekmekten başka şeyi düşünme olanağı bulunmayan insanların yönetime katılmayacakları, buna ilgi göstermeyecekleri; ama ekonomik durumu çok iyi bir avuç insanın bir anlamda yönetimi teslim alabileceği söylenebilir, söyleniyor da. Peki şöyle düşünülemez mi? “Katılım mekanizmalarını açarsak, insanlara katılma olanakları sağlarsak, belki de bu yolla gelir dağılımının düzeltilmesinin çarelerini de öğretebiliriz.” İşi bir de bu yönden almak gerekir diye düşünüyorum ve belki yeni demokrasi arayışı, bütün dünyada üzerinde durulan bir yeni demokrasi arayışı, ancak bu şekilde ortaya ko-

nulabilir. Çok basit bir örnek: Toplumun çok önemli bir bölümünün eleştirdiği -tarnak içinde- Af Kanunu konusunda bir halk girişimi mümkün olabilseydi, bu kanunun kabul edilmesi halinde referanduma götürülmesi istenebilseydi halk tarafından, halkın bir tür veto hakkı olsaydı, acaba bu kanun yürürlüğe girebilir miydi ya da parlamento tarafından bir türlü ele alıp düzenlenmeyen bazı konularda Anayasal düzende halk inisiyatifi öngörülseydi, bu konular şimdiye kadar çoktan çözüme kavuşturulmuş olmaz mıydı?..

Elbette eğitim, bilgi edinme, ekonomik dengesizliklerin giderilmesi, katılımın gerçekten etkili hale getirilmesi bakımından önemli. Ancak, bu arada üzerinde mutlaka durmam gereken bir başka konu daha var: Bütün bunların üzerinde toplumun sorunlarına çözüm üretmede temel kurum olan üniversitelerin bugünkü yapısı, demokratik düzenin işleminin en temel engellerinden birisi değil midir? Bunun da üzerinde durmak gerekir. Bilim adamının özgürce bilgi üretmediği bir toplumda, bilgi edinme hakkı tanınsa ne olur, tanınmasa ne olur?.. O zaman belki de yeni bir Anayasada, konumuzla doğrudan ilgili olarak başka açılardan da elbette bu konunun üzerinde durulabilir; ama katılım bakımından bile bu YÖK düzeninin bugünkü halinden çıkartılması, sadece üniversiteler arasında eşgüdümü sağlayan bir basit organ olarak öngörülmesi bir zorunluluktur.

Çok süratle bazı önerilerde bulunmak istedim; çünkü birkaç gündür yapılan toplantılarda somut önerilerin yeteri kadar ortaya çıkmadığı kamsındayım. Biraz hızlı oldu ve eksikler de oldu; ama Başkan da bana bakıyor sürekli, bundan sonra başka oturumlar da var. O nedenle sözlerimi burada bitiriyorum.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

Efendim, Sayın Zafer Üskül'e, Türkiye'nin özel koşulları ekseninde yapılmış olduğu "Demokratik Kontrol ve Katılım" konulu tebliği için teşekkür ediyorum.



## BİLDİRİ II

### “İDARENİN YARGISAL DENETİMİ”



**Oturum Başkanı:**

**Nuri Alan** (Danıştay Başkanı)

**Sunuş**

**Prof. Dr. Ülkü Azrak** (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Tartışmacı**

**Prof. Dr. İl Han Özay** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Nuri Alan**

**Danıştay Başkanı**

Efendim, İkinci bildiri sahiplerini; Sayın Ülkü Azrak'ı ve Sayın İl Han Özay'ı buraya davet ediyorum.

İdarenin yargısal denetimiyle ilgili ikinci bildiriye Sayın Ülkü Azrak sunacaklar. İki konuşmacı için de bir özgeçmiş notu yok; fakat idari yargıyla ilgili olanlar, iki değerli hocamızı uzun zamandan beri tanıyorlar. Sayın Ülkü Azrak, halen Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesinde, Sayın Özay da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görevliler.

Buyurun.

**Prof. Dr. Ülkü Azrak**

**Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

## İDARENİN YARGISAL DENETİMİNE İLİŞKİN SORUNLAR

### I

#### Hukuk Devleti ve İdarenin Yargısal Denetimi

##### 1. Hukuk Devleti kavramının doğum yeri ve gelişmesi:

İdarenin yargısal denetimi konusu ele alınmak istendiği zaman bu konuya *Hukuk Devleti* kavram ve ilkesi açısından yaklaşılması kaçınılmaz bir zorunluk olarak belirmektedir. Bunun en başta gelen nedeni tarihseldir. Gerçekten *Hukuk Devleti* kavramı zannedildiği gibi ilk kez anayasa hukuku değil, idare hukuku alanında idarenin hukuka bağlılığı ve bunun denetlenmesi sorunu ile bağlantılı olarak ortaya çıkmıştır. (1)

(1) Hukuk Devleti kavramı ilk kez Alman idare hukuku eserlerinde kendisini göstermekle birlikte bu kavramın içerdiği ilkelerin çoğu daha önce Fransa'da gelişmiş ve

İdarenin kendi işlemlerinin hukuka uygun olup olmadığını bizzat denetlemesinin kişi haklarının korunması açısından yeterli olmadığı uzun yılların deneyimiyle açıkça anlaşılmıştır. Fransa'da 19. yüzyılın başlarına kadar uygulanan *yönetici – yargıç sistemi* (système du administrateur juge) (2) kişi haklarının korunmasının güvencesi olarak bağımsız ve taraf-sız bir denetimin gereklerine uymadığından zamanla yerini idareden bağımsız yargı organları eliyle yapılan idari yargı denetimine bırakmıştır. Bununla birlikte idarenin yargısal usuller çerçevesinde kendi organları eliyle denetlenmesi anlamına gelen bu *yönetici-yargıç sisteminin* kalıntıları hem Fransa'da, hem de Türkiye'de daha uzun süre varlığını sürdürmüştür.

Özellikle Türkiye'de 6 Ocak 1982 tarihli ve 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar ilk derece idari yargı mercii olarak görev yapan İl ve İlçe İdare Kurulları, Vergiler İtiraz Komisyonları ve Vergiler Temyiz Komisyonu, *yönetici – yargıç sisteminin* kalıntılarıydı. Bu kalıntıların ortadan kaldırılması Hukuk Devleti ilkesinin idare hukuku alanındaki gelişim aşamalarından en önemlisidir.

Hukuk Devleti ilkesinin idare hukuku alanındaki önemli gelişim aşamalarından biri de yargısal denetimin konusu ve kapsamının modern toplumun gereksinimlerine uygun olarak düzenlenmesidir. Gerçekten burada iki etkenin rol oynadığını görmek mümkündür:

---

kara Avrupası ülkelerine örnek olmuştur. İngiltere'ye gelince ; bu ülkenin hukuk sistemi, Türkiye'ye de örnek olan Fransa'nın ve Kara Avrupasının öteki ülkelerinin hukuk sistemlerinden tamamen farklı olduğundan, orada Hukuk Devleti (*L'Etat de droit = Rechtsstaat*) kavramı yerine Hukukun Üstünlüğü (*Rule of Law*) kavramı kullanılmaktadır. Yüksek Mahkemelerimizden birinin Başkanı'nun bir süre önce Türkiye'de Hukuk Devleti kavramı yerine Anglo-Sakson sistemindeki Hukukun Üstünlüğü kavramının kullanılmasının, idarenin işlem ve eylemleri karşısında kişi haklarının korunması açısından daha isabetli olacağı yolunda ileri sürdüğü görüşe katılmanın mümkün olmadığı kanısındayım. Çünkü İngiltere'de idarenin işlemleri karşısında kişilerin hukuken korunması, genellikle kabul edildiği gibi, tamamen yargıcın takdirine bırakılmıştır; bu konu hakkında bkz. **de SMITH / BRAZIER**, *Constitutional and Administrative Law*, 8. bası, Londra, 1998, sh. 507: "All remedies in administrative law are discretionary "

(2) Bkz. **CHAPUS, Réne**, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 8. bası, 1999, no. 30, 282.

a) Bir kere Liberal Hukuk Devleti kavramı idarenin düzenleyici ve dolayısıyla müdahaleci bir fonksiyon olmakla yetinmeyip topluma ve bireylere hizmet sunan bir fonksiyon niteliğini de kazanmasıyla yerini sosyal Hukuk Devleti kavramına bırakmıştır. Bu gelişme, yargısal denetimin amacında ilginç bir değişikliği ortaya çıkardığı gibi, konusunun da genişlemesine yol açmıştır.

b) İkinci olarak, idarenin yargısal denetiminin kapsamında denetim tekniklerinin kullanılması biçimlerini de içeren bir gelişim kendisini göstermiştir. Bu konuda hem idari ve adli yargının görev alanlarının belirlenmesi, hem de idarenin işlemleri üzerindeki yargısal denetimin kapsamının sınırlarının ayrıcalık gözetmeyen bir yaklaşımla genişletilmesi süreçleri söz konusudur. Hemen işaretleyelim ki, özellikle yargısal denetimin kapsamı konusunda pozitivist yaklaşımlar çağdaş nitelikte görülmez. Başka bir söyleyişle, idarenin yargısal denetiminin kapsamının sınırlarının belirlenmesinin siyasal iktidarların takdirine bırakılması çağdaş yaklaşımla bağdaşmaz. Çünkü çağdaş devlette bu sınırları belirleyen, siyasal iktidarların takdirine göre düzenlenen mevzuat değil, Hukuk Devleti ilkesidir (3).

Bu nedendir ki Hukuk Devleti ilkesine cumhuriyetin temel nitelikleri arasında yer veren (*madde: 2*) ve hak arama özgürlüğünü (*madde: 36*) herhangi bir kısıtlama öngörmeksizin kabul eden bir Anayasa'da idarenin yargısal denetimine sınırlar getirilmesi, kanımca affedilmez bir çelişkidir.

## 2. Hukuk Devleti İlkesinin Maddî İdare Hukuku Alanına Yansıması:

Hukuk Devleti ilkesinin, sadece yargısal denetim gibi şekli idare hukuku alanında değil, onun kadar önemli olan maddî idare hukuku alanında

(3) Bu konunun ayrıntılı bir biçimde incelendiği yabancı dildeki idari yargıya ilişkin eserlerden biri müteveffa hocam **Prof. Dr. Carl Hermann Ule**'nin "*Verwaltungsprozessrecht*" başlıklı kitabıdır (9.bası, Münih, 1987, sh. 21 – 23). Ayrıca Türk Anayasa Mahkemesi de ilerde daha etraflıca ele alacağım 1 Ekim 1991 tarihli ve K. 1991/33 sayılı kararında 7 günlük süreye bağlanan itiraz yolunun İYUK'un ek 3. maddesinde kabul edilmesini Hukuk Devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasanın 36. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

da esaslı etki ve sonuçları vardır. Bu bağlamda ele alınması gereken temel sorun, İdarenin yasallığı ya da İdarenin hukuka bağlılığı ilkesinin gerçekleştirilmesi sorunudur. İdarenin Yasallığı ilkesi, bilindiği gibi, idarî kuruluşların yapısıyla bunların görev ve yetkilerinin yasalara dayanmasından ibarettir. Bu ilke 1982 Anayasası'nın 8. ve 123. maddelerinde ifadesini bulmuştur. Ayrıca İdarenin, temel hak ve özgürlükleri, yasal bir yetkinin öngörülmesi olmadığı durumlarda sınırlanamayacağına kuşku yoktur. Yalnız burada önemli bir sorun, yasanın İdarenin bir temel hak ya da özgürlüğü sınırlamasına olanak tanırken, bu sınırlamanın yetki, hukuki nedenlerini veya koşullarını öngörmemiş olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu durumda pratik olarak İdarenin temel hak veya özgürlüğün sınırlanmasının nedenlerini ve koşullarını takdir yetkisini kullanarak belirlemesi söz konusu olacaktır. Bu ise **Hukuk Devleti** ilkesinin alt ilkelerden biri olan **İdarenin Yasallığı** ilkesine açıkça aykırıdır (4). Örneğin 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 22. maddesinde, "İçişleri Bakanlığınca yurt dışına çıkmaları genel güvenlik bakımından sakıncalı bulunduğu tespit edilenlere pasaport veya seyahat vesikası verilemeyeceği", hükme bağlanmıştır. Burada Anayasanın yerleşme ve seyahat özgürlüğünü düzenleyen 23. maddesinin yasa koyucuya verdiği yetkiye dayanılarak bu özgürlüğe yasayla konan bir sınırlama söz konusu olmakla birlikte, yasa koyucu Anayasanın verdiği yetkiyi de aşmış ve üstelik idareye sınırlama konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemeye dayanılarak yapılan bir idari işlemde doğan uyuşmazlıkta Danıştay 10. Dairesi, söz konusu yasa hükmünün Anayasa'nın Hukuk Devleti ilkesini öngören 2. maddesine aykırı olduğu ve bu nedenle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurulması gerektiğini ileri süren tetkik hakiminin görüşüne itibar etmemekle birlikte, bir yandan seyahat özgürlüğüne sınırsız biçimde yer veren *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne EK - IV sayılı Protokol'e* yollama yapmış, beri yandan da idarenin, takdir yetkisini yerinde kullanma-

(4) Karş. DURAN, Lütfi, *İdare Alanının Düzenlenmesinde Teşri ve Tanzimî Tasarrufların Sınırları*, İÜHFPM, C. XXX, sayı 3-4, 1965, sh. 4880 vd. Ayrıca temel haklar alanında İdarenin takdir yetkisinin sifra indirgenliği yolundaki öğretinin görüşü için bkz. MAURER, Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. bası, Münih, 1997, sh. 129 (No.25).

dığı gerekçesiyle davacıya pasaport verilmemesi hakkındaki İçişleri Bakanlığının kararını iptal etmiştir (5). Kanımca Danıştay soruna böyle yaklaşmakla, yasamanın seyahat özgürlüğünün sınırlanmasına ilişkin yasal düzenlemede idareye böylesine geniş takdir yetkisi vermesinin Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğunu hüküm altına alma hususunda eline geçen önemli bir fırsatı kullanamamıştır (6).

Buna karşılık Alman Federal Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 1957 tarihli bir kararında „İdareye, özgürlüğün sınırlarını bizzat belirleme yetkisini veren geniş bir yasal düzenlemenin İdarenin yasallığı ve dolayısıyla Hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmayacağını „ vurgulayarak dava konusu yasa hükmünü iptal etmiştir (7). İdareye özgürlükleri sınırlandırma hususunda takdir yetkisi tanınamayacağı anlamını içeren bu karar, öğretide olumlu değerlendirmelere konu olmuştur (8).

### 3. Hukuk Devleti İlkesinin İdari Yargının Niteliklerini Belirlemesine İlişkin Yüksek Mahkeme Kararları:

Hukuk Devleti ilkesi ile idari yargı arasındaki ilişkileri incelerken bu konuda özellikle Anayasa Mahkemesinin bugüne kadar verdiği kararları gözden uzak tutamayız. Gerçekten Yüksek Mahkeme, bazı iptal davaları ve itiraz başvuruları dolayısıyla, Anayasanın 2. maddesinde öngörülen Hukuk Devleti ilkesi ışığında idari yargının yapısına ve görevlerine ilişkin bazı sorunları hükme bağlama fırsatını bulmuştur. Bu kararlarda iki önemli husus göze çarpar: bunlardan biri idari yargı mercilerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının korunması, ikincisi de kişilerin hak arama

(5) Danıştay 10. Dairesinin 14.10.1998 tarihli ve E.98/ 4442, K.98/4832 sayılı kararı, DD. Sayı 99, sh. 533 vd.

(6) Alman Federal Anayasa Mahkemesi de literatürde çok eleştirilen 16 Ocak 1957 tarihli ve 6/32 sayılı "Elfes" kararında aynı konuda benzer bir düzenlemeyi içeren 1952 tarihli Pasaport Yasasının hükmünün anayasaya aykırılığı hususunda yapılan bir anayasa şikayetini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme bu görüşünü başka bir olayla ilgili olarak verdiği bir kararda değiştirmiştir (bkz. 7 numaralı dip notunda zikredilen karar).

(7) bkz. BVerfGE 8, 274. Aynı doğrultuda başka bir karar: BVerfGE 56, 1.

(8) Bkz. SACHS, Michael (Hrsg), *Grundgesetz - Kommentar*, 2. Bası, Münih, 1999, sh. 780, (No.115); STELKENS - BONK - SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz* (Kommentar), 5. bası, Münih, 1998, sh.1031 (No.17,18)

özgürlüğünün korunmasıdır. Her iki hususun da Hukuk Devleti ilkesiyle olan sıkı ilişkisi ortadadır.

Sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararları bu bakış açısından incelendiği takdirde aşağıdaki hususların öne çıktığı görülür:

**A) Adli / İdarî Yargı Ayrılığı - Mahkemelerin bağımsızlığı - Yargıç Güvencesi - Hukuk Devleti İlkesi:**

Anayasa Mahkemesinin 1989 yılında karara bağladığı bir olayda 3221 sayılı *Hâkim ve Savcı Adayları Eğitim Merkezi Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'* un, hizmetin gereklerine, teşkilâtın ihtiyaçlarına veya ilgililerin isteğine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, adli yargıda görevli hakim ve savcılarının idarî yargıda hakimlik ve savcılık, idarî yargıda görevli hâkim ve savcılarının da adli yargıda görevlendirilebileceğine ilişkin 2. maddesinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle açılan dâvada iptal kararı vermiştir (9). Yüksek Mahkemenin bu kararında dayandığı gerekçe, adli ve idarî yargının ayrılığı, idarî rejim ve hukuk devleti ilkelerine ışık tutan ilgi çekici ifadeler içermektedir. Bunları burada kısaca aktarmakta yarar görmekteyim. Gerçekten, Yüksek Mahkemeye göre:

"Anayasanın 140. maddesinin birinci fıkrasında , adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yapacakları öngörülenlerin meslekten hâkim ve savcı olmaları zorunluluğu da getirilmiştir... Anayasanın 140. maddesindeki adli ve idarî yargı hâkim ve savcıları ayırımının adli ve idarî yargı ayırımına dayandığı, Anayasanın yüksek mahkemelerle ilgili 154. maddesinde Yargıtayı adliye mahkemeleri; 155. maddesinde de Danıştayı idare mahkemeleri için son inceleme mercii olarak göstermesiyle bellidir. Anlaşılmaktadır ki, kuruluş ve yapılanma sürecine göre , ilk derece mahkemelelerinden yüksek mahkemelere doğru, adli ve idarî yargı ayırımı benimsenmiş , korunmuş ve geliştirilmiştir... 140. maddenin ...öngördüğü konum, yargı ayrılığı ilkesinin doğal sonucu olarak adli ve idarî yargı görevlerinin bu alanlarda yetişmiş hâkim ve savcılar eliyle yürütülmesi, bunun için

(9) Anayasa Mahkemesinin 28.2.1989 tarihli ve E.88/32, K.89/10 sayılı kararı , Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 25, sh. 97-122.

de bağımsızlık ve güvencenin sağlanmasıdır... Hâkim ve savcılar görev değişikliği endişelerine itecek durumların, onlardan adalet bekleyenleri daha çok etkileyeceği kuşkusuzdur. Atanma, yer değiştirme, görev değişikliği kaygıları, adalet gereklerine uygun görev yapma yeteneğini etkileyebilir... Düzenleme , özellikle istek dışı nakiller yönünden 140. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına (yani mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatına ilişkin fıkralara) aykırı bulunmaktadır. Anayasanın 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür... Anayasanın 2. maddesindeki ilkelerden biri olan Hukuk Devletinin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hâkimler de , mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik güvencesi esaslarına göre görevlerini yerine getirirler... Bu nedenle Anayasanın ilgili maddelerine (6.,5.,13., 138.,139.,140.,154.,155. maddeler) aykırılıkları saptanan madde, Anayasanın 2. maddesine de aykırıdır. “

### **B) Hâkim ve Savcı Adaylarının Mesleğe Alınmaları - Amaç Unsuru Sakatlığı-Hâkimlerin ve Mahkemelerin Bağımsızlığı - Hâkimlik Teminatı - Hak Arama Özgürlüğü - Hukuk Devleti İlkesi:**

Anayasa Mahkemesi 20.11.1990 tarihli kararında yukardaki karara konu olan 3221 sayılı Kanun'un daha önceki davada söz konusu edilmiş olan bazı maddelerinin Anayasaya aykırılığı sorunuyla meşgul olmuş ve bu vesileyle anılan Kanunun 10. ve 11. maddelerinde yapılan değişikliklerle kabul edilen yeni düzenlemeye göre hakim ve savcı adaylarının mesleğe atanmalarına esas olacak sınavın yazılı yerine sözlü yapılmasının mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı , mesleki güvence ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu sonucuna varmıştır (10). İlgi çekici bir husus ta şudur : Yüksek Mahkeme dava konusu yasal düzenlemenin amaç unsurunu araştırmış ve bu unsurda da sakatlık saptamıştır. Yüksek Mahkemenin kararından alınan şu cümleler onun bu konudaki yaklaşımını ortaya koymaktadır:

(10) Anayasa Mahkemesi , 20.11.1990 tarihli ve E.90/13, K. 90/30 sayılı kararı AYMKD. Sayı 27 / C.1, sh.37-42



“Hukuk Devleti İlkesi’nin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması ilkesi vardır... çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasanın 2. maddesine aykırı nitelikte olur... Buna göre yasaların, amaç ögesindeki sakatlık başlıbaşına bir aykırılık nedeni oluşturabilecektir. Bu nedenle 3221 sayılı Yasa’nın 10. ve 11. maddelerindeki “yazılı sınav” ın “sözlü sınav” olarak değiştirilmesindeki amacın saptanması zorunludur. Yasanın gerekçesinde bu değişikliğin sözlü sınavın daha pratik olması nedeniyle yapıldığı belirtilmektedir. Oysa, birinci aşamada “yazılı sınav” ve “mülâkat barajı”nı aşmış olan yargıç ve savcı adaylarının mesleğe kabullerinde ikinci aşama olarak yapılan bir sınavda nesnel ölçütlerin konulması gerekirken , öznel değerlendirmelere neden olabilecek sözlü sınav yönteminin yalnızca “pratik olması” bakımından yeğlenmesi “kamu yararı” düşüncesiyle açıklanamaz... Şu durumda (3221 sayılı yasanın 10. ve 11. maddelerinde değişiklik yapan) 3611 sayılı yasanın 7. maddesi kamu yararına dayanmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır... Buna ek olarak... yeni düzenlemeyle eskiden yazılı olarak yapılmakta olan sınavın sözlüye çevrilmesi adayların bu işleme karşı dava haklarını biçim yönünden değilse de fiilen ortadan kaldırmaktadır..Çünkü, sözlü sınava karşı açılan davada yargısal denetim, sınav kurulunun oluşumu, sınavın yöntemi, verilen notlarda maddî hatâ yapıldığı gibi konularla sınırlı kalmaktadır. Sorularla bunlara verilen yanıtların delil tesbiti ve bilirkişi incelemesi yöntemiyle yargısal denetim kapsamına aldirma olanağı güçtür... öznel değerlendirmelere açık sözlü sınavın tek başına sonucu etkilemesine izin vermek, Anayasanın yargıç ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle 3611 sayılı Yasa’nın 7. maddesi Anayasanın 2.,138.,139. ve 140. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.”

#### 4) İdari Yargıya Getirilen Kısıtlamaları Aşma Çabaları:

Bilindiği gibi 12 Eylül 1980 askeri müdahalesinden sonra gerek Millî Güvenlik Konseyi’nin çıkardığı yasalarda, gerek 1982 Anayasa’sında idarenin bir çok işlemini yargı denetimi dışında tutan hükümler yer almıştır.. Bunlar kuşkusuz ki Anayasa’nın 2. maddesinde ifadesini bulan Hukuk Devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün olmayan hükümlerdir. Fakat bunların Anayasa’nın temel hükümlerinden olan ve değiştirilmesi

teklif bile edilemeyeceği Anayasa'nın 4. maddesinde ifade edilmiş bulunan 2. madde hükmüne aykırılığının Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni **anayasaya aykırı anayasa normu** niteliğindeki hükümlerin ancak şekil sakatlığı nedeniyle Anayasa Mahkemesinde iptalinin (o da defî yoluyla değil, ancak süresi içinde açılacak bir iptal davası yoluyla) istenebileceğinin Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülmüş olmasıdır. Oysa yargı kısıtlamalarına ilişkin Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın temel ilkelerine aykırılığı şekil değil esas bakımından söz konusu edilebilir. Anayasa'nın geçici 15. maddesi de yargı engelini yasama ve dolaylı olarak da idare alanına taşımaktadır. Şöyle ki, Anayasa'nın geçici 15. maddesinde sözü edilen yasa hükümlerinden idarî yargı kısıntısını öngörenler, Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte yukarıda sözünü ettiğimiz dönemin ürünü olmaları yüzünden geçici 15. madde nedeniyle Anayasa Mahkemesi önüne götürülemez. Geçici 15. maddenin Anayasa'nın 2. maddesiyle açıkça çeliştiği yadsınamaz. Ama yukarıda belirttiğimiz nedenle bu hususun bugün Türk hukukunda **anayasa'ya aykırı anayasa normu** kavramının kapsamı içinde tartışma konusu yapılması mümkün değildir. İdari yargı yolunun hukuki korunmaya muhtaç toplum bireyleri için bazı konularda kapatılmasının (kamu yararının izleyicisi olması gereken idareyi bir ölçüde haklı görülebilecek nedenlerle koruma kaygısından kaynaklansa da), **hak arama özgürlüğünü** o konularda kaldırması nedeniyle, gerek bu özgürlüğü güvence altına alan 36. madde hükmünü, gerek "**Hukuk Devleti İlkesi**"ni temel anayasal ilke olarak düzenleyen 2. madde hükmünü açık bir biçimde zedelediğinde kuşku yoktur (11).

- (11) Avrupa Birliği üyesi batılı ülkelerin anayasalarında , ya da öteki mevzuatta bu tarzda yargı kısıntısı getiren hükümlere pek seyrek olarak rastlanır. Bu gibi durumlarda da idari yargı organları yargı kısıntısı yoluyla getirilen bu engelleri çoğunlukla aşmaktadır. Örneğin Fransız Anayasa Konseyi ve Devlet Şûrası yargıya başvurma Fransız Anayasası'nın Başlangıç hükümleri (*préambule*) ve hukukun üstün ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi ve savunma hakkının gereği olduğu yolunda kararlar vermiştir, bkz. R. CHAPUS, a.g.e., sh. 154-157. Bazı hukuk sistemlerinde ise yargı kısıntısını engelleyici anayasa hükümleri yer almaktadır. Örneğin, Alman Anayasası'nın 19. maddesiyle İtalyan Anayasası'nın 113. maddesi idari işlem ve eylemlere karşı yargı yoluna başvurma hakkını güvence altına almıştır.

Şunun da işaretlenmesi gerekir ki Türkiye’de idarenin işlemlerinden bazılarına karşı yargı yolunun kapatılması olgusu 1980’den sonraki döneme özgü değildir. 1924 Anayasası’nın yürürlükte olduğu dönemde Emekli Sandığı Kanunu’nda 21.6.1954 tarihinde yapılan değişiklikle re’sen emekliye sevk işlemine ilişkin 39. maddenin (b) bendine “re’sen emeklilik işlemlerine karşı hiçbir suretle yargı mercilerine başvurulamayacağı” hükmü eklenmiştir. Buna benzer bir hüküm de 5.7.1954 tarihli “Bağlı Buldukları Teşkilât Emrine Alınmak Suretiyle Vazifeden Uzaklaştırılacaklar Hakkında Kanun”un 3. maddesinde yer almaktaydı (12). Danıştay’ın daha önce özellikle re’sen emekliye sevk işlemleri hakkında sık sık verdiği iptal kararlarının önünü kesmek için yasama organınca yapılan bu yargı kısıntıları o dönemde bir hukuk bunalımına yol açmıştı (13).

Bu olumsuz deneyimler karşısında idarenin işlemlerinin yargı denetimi dışında bırakılmasını önlemek isteyen 1961 Anayasası’nın yaratıcıları 114. maddeye şu çok katı ve kesin formülü getirmişlerdi: “İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılmaz”. Bu hüküm 20.9.1971 tarihli Anayasa değişikliği çerçevesinde şu şekli almıştır: “İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu

- 
- (12) Söz konusu kanun, daha sonra üniversite öğretim üyelerine de uygulanmıştır. İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi **Prof.Dr. Hüseyin Nail Kubalı**, TBMM. görüşmelerinin yayınlanmasında basına sınırlamalar getiren Meclis İçtüzüğü’nün Anayasa’nın güvencesi altındaki basın özgürlüğünü zedelediği ve bu nedenle Anayasa’ya aykırı olduğu yolunda basın açıklaması yapması üzerine, öğretim üyelerinin siyasi faaliyette bulunmasına konan yasağı çiğnemiş addedilmiş ve 1 Şubat 1958 tarihinde adı geçen 6435 sayılı kanunun 3. maddesi hükmüne dayanılarak bakanlık emrine alınmıştır. Üniversite özerkliğini çiğneyen bu işlem, hem bilim çevrelerinde, hem de iç ve dış basın organlarında sert eleştirilere hedef olmuştur.
- (13) Şu da var ki, o zamanki adıyla Danıştay Dava Daireleri Kurulu, 30.3.1950 tarihli ve E. 50/320, K. 50/128 sayılı kararıyla daha önce böyle bir yargı kısıntısını aşmak için ilginç bir yaklaşım sergilemiştir : gerçekten yüksek mahkeme, dava dolayısıyla uygulamak durumunda olduğu kanunu Anayasaya ve üstün hukuk ilkelerine göre yorumlayarak yargı yolunu kapayan hükmün , işlemin üzerinde takdir yetkisi cereyan eden unsuruna ilişkin olabileceği ve bu nedenle işlemin başka unsurları bakımından yargı denetiminin söz konusu olması gerektiğini kabul etmiştir. Danıştay buna çok benzer bir kararı daha önce de vermişti: bkz. DDK. 6.6.1950 tarihli ve K. 50/1067 sayılı karar , Danıştay Dergisi, sayı 50-53, sh. 112.

açıktır". Aynı tarihli Anayasa değişikliği çerçevesinde Yüksek Hakimler Kurulu'nun görev ve yetkilerine ilişkin 144. maddenin birinci fıkrası da şu şekilde değiştirilmiştir : "Yüksek Hâkimler Kurulu , adliye mahkemeleri hâkimlerinin özlük işleri hakkında kesin karar verir. Bu kararlar aleyhine başka mercilere başvurulamaz". Başka merci ifadesiyle kastedilenin idari yargı mercii olduğunda kuşku yoktur. Anayasa değişikliğine konu olan bu iki hüküm birlikte okunursa, 114. maddenin değiştirilmesinin amacı kolayca anlaşılır. Şu da var ki 144. madde değişikliği Anayasa Mahkemesi'nce "**anayasaya aykırı anayasa normu**" niteliğinde görülerek iptal edilmiştir (14).

Yargı yolu engellerinin en yoğun biçimde ortaya çıktığı dönem ise , yukarıda işaret edildiği gibi 1982 Anayasası ile başlayan 3. Cumhuriyet dönemidir. Bizzat Anayasa'nın öngördüğü yargı yolu engelleri dışındakilerin Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla nasıl aşılmağa çalışıldığı aşağıda gösterilecektir.

#### **A) Kişisel Menfaatin İhlâli - Hak Arama Özgürlüğü - Hukuk Devleti İlkesi:**

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun iptal davasının açılabilmesinin ön-koşulu olarak *menfaat koşulu*'nun gerçekleşmiş olmasını sübjektif ehliyet açısından yeterli gören 2. maddesinin 1. bendinin (a) fıkrasını değiştirerek **menfaat ihlâli** yerine **kişisel hakkın ihlâli**'ni öngören 10.6.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanunun bu hükmünün iptali için Danıştay'ın 5. Dairesi tarafından itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ve Yüksek Mahkeme 21.9.1995 tarihinde verdiği kararda, iptal davasının niteliği, kişisel menfaatin ihlâli , hak arama özgürlüğü ve Hukuk Devleti İlkesi gibi kavramlar arasındaki ilişkiyi inceleyerek söz

(14) Anayasa Mahkemesi 27.1.1977 tarihli ve E.76/43, K. 77/4 sayılı kararıyla bu değişiklik hükmünü Anayasa'nın Hukuk Devleti İlkesine yer veren 2. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir. İlgili çekici bir husus ta şudur ki, Anayasa Mahkemesi ilk kez bu kararında bir uluslararası normu , yani Türkiye'nin 6366 sayılı yasayla onayladığı "**İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi**"nin 6. maddesi hükmünü de bir ölçü norm olarak kabul etmiştir. Bkz. AYMKD. Sayı 15, sh. 106 - 131 (117).

konusu hükmü Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir (15). Kararda ilgi çekici şu ifadeler yer almaktadır:

“Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devletinin varlığından söz edilebilmesi için, idarenin bütün eylem ve işlemlerinin yargı denetimine tabi olması gerekir... İptal davası açma koşulunu kişisel hak ihlâlinin varlığına bağlama sonucu idarenin birçok işlemi yargı denetimine tabi tutulamaz... İptal davaları , idarenin hukuka uygun davranmasını sağlayarak hukuk devletini gerçekleştiren önemli yollardandır. İptal davası kolay işleyen ve karmaşık olmayan niteliğiyle yargısal bir denetim yolu olarak öngörülmüştür... Anayasanın “*hak arama hürriyeti*” başlıklı 36. maddesinde , herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. İtiraz konusu yasa kuralıyla, idari işlemlere karşı iptal davası açabilmek için, idare hukukunun genel esaslarına aykırı biçimde idari işlemin davacının “kişisel hakkını” ihlâl etmiş olması koşulu getirilerek hak arama özgürlüğü kısıtlanmış ve birçok işleme karşı dava yolu kapatılmıştır... Bu nedenle , itiraz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır... 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Yasası'nın 21. maddesine göre, iptal davası açabilmek için “*menfaat ihlâli*” yeterli iken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü yasası'nın 2. maddesinin (1-a) bendinde yapılan değişiklik sonucu , bu Yasanın uygulanması bakımından , “*kişisel hak ihlâli*” nin davacı olabilmenin koşulu olarak kabul edilmesiyle askerî ve sivil idarî yargı düzeni arasında açıklanabilmesi olanaksız farklılık yaratılmıştır. İdarî işlemlere karşı dava açılabilmesi için “*kişisel hakkın ihlâl edilmesi*” koşulunun getirilmesiyle soyut, genel ve gayri şahsî olan “*düzenleyici tasarruflara*” karşı yargı yolu daraltılmıştır. Böylece , idarenin düzenleyici işlemlerine karşı uygulanmalarını beklemeden dava açılması güçleştirilmekte , Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına aykırılık oluşturulmaktadır. “

Bu kararda ilginç olan iki noktaya işaret etmek istiyorum. Bunlardan birincisi, Yüksek Mahkeme'nin iptal davalarında “menfaat ihlâl”inin ye-

(15) Anayasa Mahkemesinin, 21.9.1995 tarihli ve E.95/27, K. 95/47 sayılı karar, AYMKD. Sayı 32 / C.1, sh. 401

terli olmasının idare hukukunun genel esaslarından biri olarak görmesi, ikincisi de düzenleyici işlemlerin doğrudan doğruya kişisel hak ihlâline ne yolaçmasının mümkün olmaması nedeniyle kişisel hak ihlâli koşulu- nun bu işlemlere karşı dâva yolunu kapatacağını gözden kaçırmamış ol-  
masıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin aynı kanunun geçici 2. maddesinin iptaline dair başka bir kararında (16) bu maddenin İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı kanunla değiştirilmiş 2. maddesi hükmünün bu kanunun yürürlüğünden önce açılmış olup devam eden veya karara bağlanmış bulunup da kararın henüz kesinleşmemiş olduğu davalarda da uygulanacağı yolundaki hükmünü incelerken, 2. maddenin iptaline dair daha önceki kararına yollamada bulunarak "Anayasa'ya aykırılığı saptanmış bir kuralın geriyeye doğru yürürlüğünü sağlamak, Anayasa'ya aykırılığın sürdürülmesine olanak verir. Bu nedenle geçici 2. maddenin iptali gerekir" demiştir. Aslında burada önemli bir nokta daha vardır ki, o da kanunların geriyeye yürümemesinin Hukuk Devleti İlkesinin temel öğelerinden biri olduğudur. İkinci önemli noktayı idari uyumsuzlukların doğdukları tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre çözümlerine ilişkin kural oluşturmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 12 Aralık 1977 tarihli kararında bunun *hukukun genel kurallarından* olduğunu vurgulamıştır (17).

### B) Yargı Güvencesi - Hak Arama Özgürlüğü - Hukuk Devleti İlkesi:

Anayasa mahkemesi, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na 3622 sayılı Kanun'un 26 maddesi ile eklenen ve "*kanunlarda ,bölge idare ,idare ve vergi mahkemeleri nezdinde itiraz edilebileceği belirtilen işlemlere karşı ilgililer tarafından işlemin tebliğinden itibaren 7 gün içinde bu kanunun yetki kurallarına göre davaya bakmaya yetkili olan idari yargı merciiine itiraz edilebileceğini ve itiraz üzerine mahkemece verilecek kararların kesin olduğunu, bunlara karşı herhangi bir kanun yoluna başvurulamayacağını*" öngören Ek 3. maddeyi Anayasanın 2., 36. ve 125. madde-

(16) Anayasa Mahkemesi, 21.9.1995 tarihli ve E. 95/46 , K. 95/49 ,AYMKD. Sayı: 32 / C.1, sh. 414-427

(17) Anayasa Mahkemesi, E. 77 / 11, K. 77 / 133, AYMKD. Sayı 15, sh. 600.

lerine aykırı bularak iptal etmiştir (18). Yüksek Mahkeme'nin görüşüne göre:

"Davaların hızlandırılması amacıyla getirildiği anlaşılan Ek 3. madde , hangi tür idari işlemlere karşı yapılacak başvuruların bu sınırlı yargılamaya bağlı olacağını belirtmemekte, bunun ölçülerini <kanunlarda itiraz edilebileceği belirtilen işlemler> olarak genel,kapalı, sınırsız ve belirsiz biçimde vermektedir ... Böylece iptal davası yoluyla denetlenmesi gereken işlemlerin de bu kapsama alınması sonucu doğabilecektir. Bunun ise yargısal denetimin etkinliğini ortadan kaldırarak onu yalnızca biçimsel bir denetim durumuna getireceği ... ve hukuk devleti kavramıyla bağdaşmayacak sonuçlara yol açma olasılığını taşıdığı açıkça ortadadır... İdari yöntemde yer almayan ve İdari Yargılama Usulü Yasası'nda dava türleri arasında sayılmayan <itiraz>'da , hak arama özgürlüğünü sınırlandıracak ve yargısal denetimin boyutunu daraltacak yasa yolu sınırlamasının hangi işlemlere ilişkin olduğunun belli edilmemiş olması hukuk devleti ilkesini zedeler niteliktedir. "

Her ne kadar İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan yürütmeyi durdurmaya ilişkin mahkeme kararlarıyla, 45. maddesinde de yer alan idare ve vergi mahkemelerinin tek hâkimle verdiği kararlara karşı 7 gün içinde itiraz edilebileceğine dair hükümlerin de Hukuk Devleti ilkesine aykırılığı tartışılabilirse de burada önemli iki noktaya işaret edilmesi gerekir : 1) söz konusu maddelerde öngörülen itiraz usulü, iptale uğrayan Ek 3. maddeden farklı olarak, mahkemeye ilk başvuru değil, kanun yolu niteliğinde bir başvurudur; 2) esasen 27. ve 45. maddelerin anayasaya aykırılığı sorunu da Anayasanın geçici 15. maddesi nedeniyle Yüksek Mahkemenin önüne getirilemezdi. Ama eğer İstanbul 2 numaralı İdare Mahkemesi , sadece İYUK'un Ek 3. maddesi hükmünün değil, bu maddenin uygulamasını gerekli kılan ve Kıyı Kanunu'nun 15. maddesinin (b) fıkrasında öngörülen cezalara karşı idare mahkemesinde yapılacak itiraza ilişkin olan hükmün de anayasaya aykırılığı sorununu itiraz yoluyla Yüksek Mahkemenin önüne getirmiş olsaydı, bunun da aynı gerekçeyle iptale uğramış olacağında kuşku yoktur.

(18) Anayasa Mahkemesi, 1.10.1991 tarihli ve E.90/40, K. 91/33 sayılı karar, AYMKD. Sayı: 27/C.2, sh. 559 – 570.

### C) İdarî İşlem - Hak Arama Özgürlüğünün Kısıtlanması - Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık:

Hak arama özgürlüğünün Anayasada öngörülmüş olan durumlar dışında kısıtlanmasını Hukuk Devleti ilkesine aykırı gören sadece Anayasa Mahkemesi değildir. Danıştayın da bu özgürlüğün idari işlemlerle kısıtlanmasını Hukuk Devleti ilkesine aykırı gören kararları vardır. Bu kararlardan biri üniversite öğretim elemanlarının disiplin suç ve cezalarını düzenleyen yönetmeliğe ilişkindir. Gerçekten bu yönetmelik, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda öngörülmemiş olmasına rağmen, uyarma ve kınama cezalarına karşı dâva yolunu kapatan bir hüküm içermektedir (*madde: 48*). Danıştay, Anayasa'nın 129. maddesindeki, *uyarma* ve *kınama* cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı yolundaki hükmün hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddeye istisnai nitelikte özel bir sınırlama getirdiği, ancak bu sınırlamanın idarenin düzenleyici işlemleriyle değil, Anayasa'nın 13. maddesi hükmü gereği sadece yasama organı tarafından öngörülebileceğini vurgulamıştır (19). Danıştay'a göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendi, öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemlerinin, disiplin âmirlerinin yetkilerinin ... Yükseköğretim Kurulu'nca düzenleneceğini belirtmiş, aynı kanunun 65. maddesi de bu düzenlemenin yönetmelikle yapılmasını öngörmüş olmakla birlikte, kanunda uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmasını engelleyen herhangi bir hükme yer verilmiş olmadığından, bunun yönetmelikle yapılması mümkün değildir. Danıştay'ın bu kararı önemli bir ilkeye işaret etmektedir ki, o da yasama organının temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını idarenin takdir yetkisine bırakamayacağıdır. Gerçekten Anayasa'nın 129. maddesi uyarma ve kınama cezalarına

(19) Danıştay 10 Dairesinin 21.1.1986 tarihli ve E. 85/169, K.86/31 sayılı kararı, Danıştay Dergisi sayı : 64-65, sh. 410-414. Karşı oy yazısında Yükseköğretim Kurulu'nun Disiplin Yönetmeliği'nin 43. maddesinin 3. fıkrasında öngörülen yargı kısıntısının Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (b) bendiyle idareye bırakılmış olan bir yetkiye dayandığı öne sürülmüşse de bu görüş 10. Daire üyelerinin çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir.



karşı yargı yolunun kapatılabileceğini dolaylı bir biçimde ifade etmiştir. Fakat bu konudaki takdir yetkisi yasa koyucuya aittir ve idareye devredilemez. Yasa koyucunun disiplin işlemlerinin düzenlenmesini idareye bırakmış olması, bu işlemlerden *uyarma* ve *kınama* cezası niteliğinde olanlara karşı yargı yolunun kapatılması hususunda ona takdir yetkisi vermiş olması anlamına gelmemektedir.

**D) Sıkıyönetim Kanunu - İdarî Yargı Yolu Engeli - Anayasa'ya Aykırılığın İleri Sürülememesi - "Anayasaya Uygun Yorum" Yöntemi:**

Sıkıyönetim komutanlarına, bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmalarını sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin görevlerine son verilmesi veya görevlerinin değiştirilmesini isteme yetkisini, ilk kez 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesine 19.9.1980 tarihli ve 2301 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen fıkra ile tanınmıştır. Bu fıkra hükmüne göre, bu şekilde işine son verilen kamu personeli, bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar. Bununla da kalınmamış, Sıkıyönetim Kanunu'na 14.11.1980 tarihli ve 2342 sayılı Kanun'la getirilen Ek 3. madde sıkıyönetim komutanlarına tanınan söz konusu yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemlere karşı iptal davası açılmayacağı ve şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumluluklarının da ileri sürülemeyeceği hususları öngörülmüştür.

Bu suretle görevine son verilmiş olan üniversite öğretim elemanlarından bazılarının Sıkıyönetimin kaldırılmasını izleyen dönemde tekrar göreve alınmaları için yaptıkları başvurular ilgili yüksek öğretim kurumlarınca, *Sıkıyönetim Kanunu*'nun 2. maddesinde öngörülen yasak ileri sürülerek reddedilmiştir. Bu kişilerin söz konusu kararlara karşı idare mahkemelerinde açtıkları iptal davaları da aynı gerekçeyle redde uğramış ve bunların yaptıkları temyiz başvurularını inceleyen Danıştay'ın 5. Dairesi de idare mahkemelerinin bu kararlarını onamıştır. Bununla birlikte 5. Daire başka bir olayda tersine karar vererek idarenin bu konudaki başvurunun reddine ilişkin işlemini iptal etmiştir. Bunun üzerine 5. Dairenin birbiriyle çelişen bu kararlarını birleştirmek için toplanan Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu (İBK) bu içtihatların 5. Dairenin iptal ge-

rekçeleri ve hükmü doğrultusunda birleştirilmesini, oy çokluğuyla kararlaştırmıştır (20).

Danıştay İBK'nun , yabancı hukuk literatüründe de takdirle karşılanan (21) bu kararında öne çıkan bir kaç önemli nokta vardır :

1. Kanunun 2. maddesinin sıkıyönetimin ilânını gerektiren nedenlerle hiçbir ilgisi bulunmayan ve memur hukukuna ilişkin kurallar içerisinde çözümlenmesi mümkün olan bir konuda, "hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin görev yerinin değiştirilmesi veya görevine son verilmesi" hususunda sıkıyönetim komutanlarına yetki vermiş olması, tümüyle sivil idareye ait olan bir yetkinin sıkıyönetim komutanlarına devredilmesi sonucunu yaratmıştır.
2. Ek 3. maddenin getirdiği **idari yargı yoluna başvurma yasağı** Anayasa'nın "*yargı yolu*"nu düzenleyen ilkeleriyle ( m. 36, 125) çatışma halindedir. Yargı denetimi dışında kalan işlemler genel olarak 125. maddede, özel olarak da ilgili diğer maddelerde (örneğin 159. ve 160. maddeler) gösterilmiştir. Sıkıyönetim halini düzenleyen 122. maddede yargı yolunu kapatan özel bir hüküm bulunmadığı gibi, 125. maddenin 6. fıkrası da "kanun... sıkıyönetim halinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir" yolunda bir ifadeye yer vermiş bulunduğu göre Anayasa koyucunun bu konuda iptal davası yolunu kapatma amacı taşımadığını kabul etmek gerekir. Ne var ki Sıkıyönetim Kanunu'nda değişiklik yapan, konuya ilişkin 2342 sayılı Kanun Anayasa'nın geçici 15. maddesinin kapsamında bulunduğundan bu kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün değildir. Oysa, sıkıyönetim komutanlarının bazı kamu personeli hakkında aldığı söz konusu kararların, hem bunlara karşı idari yargı yolunun kapatılmış olması nedeniyle, hem de

(20) bkz. Danıştay İBK'nun 7.12.1989 tarihli ve E. 88/6, K. 89/4 sayılı kararı, Danıştay Dergisi , sayı 78-79 , sh. 51-65.

(21) bkz. "*Wiedereinstellungsanspruch von Beamten, die auf Weisung des Kommandeurs der Ausnahmezustandsverwaltung fristlos entlassen worden waren*" - Anmerkung: RUMPF, Christian, in Europäische Grundrechte-Zeitung, C. 17 (1990), sayı 5, sh. 107 vd.

bu kararların açıklanmayan ve denetlenmesi mümkün olmayan bir takım nedenlere dayanmasından ötürü “İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında 111 sayılı Uluslararası Sözleşme” nin 1. ve 4. maddelerine aykırı olduğu açıktır.

3. Sıkıyönetim komutanlığınca temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve durdurulması yolunda alınan kararların yürürlük ve etkilerin sıkıyönetimin kalkmasından sonra da devam etmesine ve giderek bu temel hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yol açacak bir anlayış ve uygulamanın, Anayasa'nın hem 122. maddesinin bu karar ve önlemlerin alınmasını sıkıyönetim halinin varlığına bağlayan açık hükmüyle, hem de temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamanın sınırını belirten 13. maddesinin 2. fıkrasıyla bağdaştırılması mümkün değildir. Bu nedenle sıkıyönetim komutanlıklarınca alınan karar ve önlemlerin, sıkıyönetim kaldırılarak olağan duruma geçildikten sonra da yürürlükte kaldıklarını kabule hukuken olanak yoktur.
4. Esasen Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan “Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi” ile yargıçların anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerini açıklayan 138. maddesi de böyle bir yorumu zorunlu kılmaktadır.

Kuşkusuz ki, demokratik hukuk devleti ilkesine bağlı devletlerin hukuk düzenlerinde, sıkıyönetim ve dar anlamda olağanüstü hal rejimleri, her ne kadar idarenin yetkilerinin genişlemesi sonucunu yaratsa da, hiç bir zaman bu yetkilerin denetimden uzak, keyfi bir biçimde kullanılmasına izin vermez (22). Çünkü olağanüstü hal rejimleri de bir hukuk rejimidir. “Karşılaşılan tehlike ne kadar büyük olursa olsun, insan haklarına saygı temeline dayanan demokratik bir toplumda, geçici de olsa, sınırsız, sorumsuz, denetimsiz bir baskı rejiminin kurulması hiçbir zaman söz konu-

---

(22) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ünlü *Lawless* olayında verdiği 1.7.1961 tarihli kararında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 15. maddesine göre, olağanüstü hal rejimlerinde özgürlüklerin kısıtlanmasının keyfi bir biçimde yapılamayacağını, ölçülülük kuralının burada da geçerli olduğunu ve bu rejimde alınmış olan tedbirlerin de yargısal denetime tabi olması gerektiğini kabul etmiştir.

su olmaz " (23). Bu bakımdan Sıkıyönetim Kanunu'nun Ek 3. maddesindeki yargı engeli , üstün hukuk ilkelerine ve uluslararası normlara aykırı olduğu gibi , bizzat 1982 Anayasası'na da aykırıdır. Bunlar gözönünde tutulduğu takdirde Danıştay'ın yukarıya kısaca aktarılan kararı verirken ne kadar önemli bir misyonu yerine getirdiği kolayca anlaşılır. Gerçekten Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu bu kararında Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesi ile Ek 3. maddesini **anayasaya uygun yorum yöntemiyle** yorumlayarak yargı yolu engelini aşma yolunda çok olumlu ve etkin bir çaba göstermiştir. Gerek bu çabanın , gerek Anayasa Mahkemesi ve Danıştayın daha önceki paragraflarda açıklamaya çalıştığımız çabalarının Türkiye'de **hak arama özgürlüğü** ve **yargı güvencesi** gibi Hukuk Devleti İlkesi'nin temel unsurlarının yaşama geçirilmesine yaptığı değerli katkılar ortadadır.

Bu böyle olmakla birlikte günümüzde idarenin yargısal denetiminin etkinliğine ilişkin olup büyük ölçüde pozitif hukuktan kaynaklanan bazı pratik sorunların varlığı da yadsınamaz. Aşağıdaki açıklamalarımızla bu sorunların nelerden ibaret olduğu ve bu hususta ne gibi çözümlerin önerilebileceği konusuna ışık tutmaya çalışacağız.

## II

### İdarenin Yargısal Denetiminde Etkinlik Sorunu

#### 1) Sorunun İdari Yargının Yapısı Açısından İncelenmesi :

İdari yargıda, adli yargıda da olduğu gibi, alt derece mahkemeleriyle yüksek mahkeme arasında önemli yapısal farklar vardır. Burada söz konusu farkların tüketici bir yaklaşımla incelenmesi yerine, her iki yargı düzenine ilişkin yapısal sorunlar ele alınacaktır.

a- Merhum Hocam **Profesör Dr. Lûtfi Duran**, 1980'li yılların başında yayımlanan "*İdari Yargı Adlileşti*" başlıklı çok ilginç çalışmasında (24) tüm adliye ve idare yargıç ve savcılarının atama, nakil, terfi, disiplin, mahkemelerin kurulması, değiştirilmesi ve kaldırılması ve öteki özlük iş-

(23) **KAPANİ, Münci**, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Ankara, 1987, sh. 105.

(24) **DURAN, L.**, "*İdari Yargı Adlileşti ...*", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, yıl:3, sayı:1-3 (1982), sh.53 vd.

lerinin Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na ve Adalet Bakanına verilmesiyle , bu yargı mercilerinin tek bir düzen içinde toplanmış bulunduğuna işaret ederek , bunun daha Osmanlı Devleti'nin Tanzimat döneminde Şûra-yi Devlet'in kuruluşundan beri Türkiye'de yerleşmiş ve geçerli olan idarî rejim' i ciddi bir biçimde zedeleyen bir düzenleme olduğuna işaret etmişti. Fakat 12 Eylül 1980 sonrası'nda bu konuda yapılan düzenlemelerin yarattığı sakıncalar, sadece Türkiye'de idarî rejimin niteliğinin değişmesinden doğan sakıncayla sınırlı değildir. Her şeyden önce, hükûmet de dahil, idarenin bütün birimlerinin işlem ve eylemlerinin yargısal denetimiyle görevlendirilmiş olan idarî yargının kararlarının çok defa siyasal etkilerinin de ortaya çıktığı gözönünde tutulursa bu yargı sisteminin söz konusu özelliğinin zorunlu kıldığı bağımsızlık güvencesinin adliyenin bağımsızlığından farklı mekanizmalarla sağlanması gerektiği kolayca anlaşılır. Bu bakımdan idare mahkemelerinin kurulması ve kaldırılmasından tutunuz da , idarî yargı hâkim ve savcılarının (25) özlük işlerine varıncaya kadar bütün hususlarda özel bir garanti sisteminin varlığı kaçınılmazdır. Hal böyleyken bir yandan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kanunu'nun Ek 4. maddesinin öngördüğü üzere bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinin adalet müfettişlerinin denetimi altına konması, beri yandan da 2661 sayılı Kanun'un adalet bakanına idare hâkimleri ve savcılarını da dahil olmak üzere tüm hâkim ve savcılar üzerinde gözetim hakkını vermiş olması (madde: 12. – 84/3) idarî yargı teşkilâtının görevini lâyıkıyla yerine getirmesini önemli ölçüde güçleştirecek ve hatta bazı durumlarda aksatacak bir olgudur (26). Profesör Duran, "bütün bu hükümlerin, adalet bakanının ya doğrudan doğruya, ya da başkanı olduğu ve yüksek memurlarının da yer aldığı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu aracılığıyla , idarî yargı teşkilâtını, dilediğince ve kolaylıkla biçimlendirip donatabileceğini açıkça gösterdiği " düşüncesindedir (27).

(25) Eski mevzuatta kanun sözcüsü sıfatını taşıyan idari yargı mesuplarına , 2575 sayılı Daniyay Kanunu ile savcı sıfatının verilmesi bile idari yargının adliyeleştirilmiş olduğunun bir göstergesidir.

(26) İdare mahkemesi hâkimlerinin bazı kritik davalarda idare aleyhine karar vermesi durumunda görev yerlerinin değiştirilmesiyle sonuçlanan ve adliye müfettişlerince yürütülen soruşturmalara maruz bırakıldığı sorunla ilgilenen herkesin malûmudur.

(27) Bkz., a.g.m., sh. 59-60.

b- Bu bağlamda başka bir sakıncalı durum da , idare yargıç ve savcılarının özlük işleri konusunda gayet geniş yetkilerle donatılmış olan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bu konuya ilişkin idarî işlemlerine karşı yargı yolunun Anayasa'nın 159. maddesinin 4. fıkrası hükmüyle kapatılmış olmasıdır. Kurula ilişkin Kanun'da bu gibi işlemlere karşı ilgilinin ancak itiraz yoluyla Kurula başvurabileceği kabul edilmiştir. Bu başvuru eski dilimizde "yardım ve merhamet dileme" anlamına gelen ve hukuk dilinde "adi dilek" olarak isimlendirilen "isti'taf müracaatı"dır (*recours gracieux*) (28). Bu tip başvuruların hukukî güvencesinin bulunmadığı ve genellikle hiçbir sonuç yaratmadığı bilinen bir husustur. Bu kadar önemli bir konuda yargı yolunun kapalı tutulmasının yargıç ve savcılar üzerinde ciddi bir baskı anlamını taşıdığı da açık bir gerçektir (29).

İdarî yargı mensuplarının mesleki güvenceleri ve bağımsızlığı konusunda son olarak şunun belirtilmesi gerekir ki, buraya kadar açıklanmağa çalışılan durum, bağımsız karar verme konusunda çok duyarlı bir konumda olan idarî yargı açısından önemli sakıncalar içermektedir. "Yargı , başka hiçbir organa bağlı olmadan kendi kendini yönetebilmelidir, çünkü görevi yasaların devletin diğer güçlerine de uygulanabilmesini sağlamaktır. Yürütme gücünden bağımsız olmayan yargı ise aslında kurgudan baş-

(28) bkz. ONAR, Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. II, İstanbul, 1967, sh.606; HAURIOU, Maurice , *Précis de droit administratif et de droit public*, 12. bası, Paris, 1933, sh. 82, ; VEDEL, Georges, *Droit administratif* , 4. bası , Paris, 1968, sh. 400.

(29) Her ne kadar Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerinin yüksek mahkemelelerin yargıçları olduğu ve onların verdikleri kararlara karşı yargı yoluna gitmenin uygun olmaması nedeniyle böyle bir çözüm öngörüldüğü, bazı bilim çevrelerinde ve Anayasa taslağını hazırlayan Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu başkanı ve üyelerinden bazılarınca ifade edilmekteyse de , bu görüş söz konusu kurul kararlarının yargısal değil, idari kararlar olduğu gerçeğini gözden kaçırmaktadır. Kaldı ki Danıştay'da doğrudan dava açıldığı durumlarda dairelerin verdiği kararlara karşı da gene danıştay yargıçlarından oluşan Genel Kurul'a başvurulabilmektedir. Bu durumda aynı mantığın uzantısı olarak, Danıştay dairelerinin üyelerinin yüksek mahkeme yargıçları olmadığı mı iddia edilecektir? Yoksa yüksek mahkeme yargıçlarının idari konularda verdikleri kararların yargıda tartışılmayacağı, ama bu kişilerin yargısal kararlarına karşı yargısal başvuru olan kanun yolu başvurusu yapılabileceği gibi hiç bir hukuk mantığına uymayan bir iddia mı ileri sürülecektir?

*ka bir şey değildir*" (30). Burada kastedilenin ağırlıklı olarak idarî yargı olduğu kuşkusuzdur. Kanımca, idarî yargının kendi kendini yönetmesi , ancak tüm idari yargı mensuplarının özlük işlerinde Danıştay'ın söz sahibi kılınmasıyla olanak kazanabilir.

c- Bu konuda ortaya çıkan başka bir sorun da, idare hâkimlerinin meslekî formasyonu sorunudur. Gerçekten, konunun pozitif hukuktaki düzenleniş biçimine bakılırsa bazı yetersizliklerin varlığı saptanabilir. Şöyle ki Danıştay Kanunu'nun 14. maddesinin 3. bendine göre "*Danıştayın dâva dairelerinde görev yapacak üyelerin yüksek öğrenimlerini, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yer veren siyasal bilimler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında yapmış olmaları gerekir*".

Buna paralel bir hükme 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin 2. ve 3. bentlerinde rastlanmaktadır. Bu bağlamda önem kazanan sorun , adı geçen yüksek öğretim kurumlarından hangilerinin programlarında hukuk bilgisine yeterince yer verdiğidir. Hukuk fakülteleri bir yana bırakılırsa, gerçi siyasal bilgiler fakültelerinin kamu yönetimi bölümlerinde Anayasa ve İdare Hukukuna geniş bir biçimde yer verilmektedir. Ama bunun yanında, örneğin idarî yargı-lama için önem taşıyan Hukuk Muhakemeleri Usulü Hukuku bu fakültelerde okutulmamaktadır. İktisat ve maliye bölümlerine gelince ; bu bölümlerde hukuk branşlarının öğretimi gayet zayıftır. Ya kanunda değişiklik yapılarak hukuk fakülteleri mezunlarıyla siyasal bilgiler fakülte-lerinin sadece kamu yönetimi bölümleri mezunlarına idare hâkimliği mesleğine girme hakkı tanınmalı, ya da iktisat ve maliye bölümlerinin programlarına da, başta Anayasa ve İdare Hukuku olmak üzere, yeterli yoğunlukta hukuk derslerinin konması sağlanmalıdır. Aksi halde idare hâkimlerinin hukuk bilgilerinin yeterli olmadığı ve idari yargının bu açıdan etkinliği konularında yapılan tartışmalar sürüp gidecektir. Stajiyer hâkimlik ve idare hâkimliği sınavı gibi konularda da bazı iyileştirme önlemlerinin alınması gerekmektedir.

(30) Bu sözler ünlü İtalyan hukukçusu ve devlet adamı **Giuseppe Zanardelli**'ye aittir (ÖZAY, İlhan, *Günışığında İdare* , 1994, sh.655'dan naklen)

## 2. Yargılama Usulüne İlişkin Sorunlar:

İdarî yargılama usulüne ilişkin sorunlar kısmen pozitif hukuktan, kısmen de uygulamadan kaynaklanmaktadır.

a- Bu konuda pozitif hukuktaki düzenlemelerin içerdiği bazı eksiklikler büyük önem taşımaktadır. Kanımca bu eksiklikler şunlardır :

aa- Temel eksiklik dava tiplerinde kendisini göstermektedir. Önceki 521 sayılı Danıştay Kanunu'nda **yorum davaları**'nın varolmasına karşılık , şimdi yürürlükte olan İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nda bu dava tipine yer verilmemiştir. Bilindiği gibi, yorum davaları , idari işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleme ve iptal etme yetkisine sahip olmayan adliye mahkemelerinin gördükleri davada hükmü etkileyecek bir idari işlemin varlığı veya hukuka uygunluğu ya da anlam ve kapsamı konusunda tarafların bir iddia ya da itirazıyla karşılaşmaları durumunda bu konuları bekletici sorun sayarak, yorumlanması için idari yargıya başvurmaları üzerine söz konusu olmaktadır. Bu davalar, Türk idarî yargı sisteminde bağımsız bir dâva kategorisini oluşturmamakla birlikte, ülkemizde gelenekselleşmiş, yerleşik bir rejim olduğuna daha önce işaret etmiş bulunduğumuz **idarî rejim**'in en önemli unsurlarından biri olan **idarenin adliye karşısındaki bağımsızlığı ilkesi**'nin gerçekleştirilmesine yardımcı olmaktadır. Bu yola, geçmiş dönemde pek az başvurulduğu gerekçesiyle bu dava kategorisinin İdarî Yargılama Usulü Kanunu'na alınmaması, kanımca idarî rejimi zayıflatması nedeniyle, pek isabetli olmamıştır.

bb- Pozitif hukuktaki eksikliklerden bir diğeri de duruşmalı işlerde **tanık** dinlenmesinin öngörülmemiş olmasıdır. İYUK'un 1. maddesinin 2. bendinde, idarî yargı mercilerinde yazılı yargılama usulü uygulanacağı ve incelemelerin evrak üzerinde yapılacağı açıkça belirtilmiştir. Oysa dâva konusu olayla ilgili olup verilecek hükmü etkilemesi olasılığı güçlü olan bir takım maddî gerçekleri yazılı belgelerle kanıtlamak çok defa mümkün değildir. Bu gibi durumlarda maddî gerçeğe ulaşılması için tanık dinlenmesi kaçınılmazdır (31). Bu olanağın mevzuatta öngörülmesinin mahke-

(31) Bkz. **HONDU, Selçuk**, *İdarî Yargılama Usulünde Tanık*, in <Ulusal İdare Hukuku Kongresi – 1. Kitap: İdarî Yargı>, Ankara, 1990, sh. 263 vd. Bildiride tanık dinlenmesini zorunlu kılan bir kaç örnek olaydan söz edilmektedir. Ayrıca bazı durum-



menin tanık dinleme konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldırma-  
yacağı açıktır. Dava konusu olayın aydınlatılabilmesi için davanın tarafla-  
rının tanık ikame etmesi durumunda mahkeme bu konuda karar verme  
yetkisine sahip kılınmalıydı. Adli yargılama usullerinde var olan bu ka-  
nıt türüne idarî yargılama usulünde yer verilmemiş olması, yargı önün-  
de savunma hakkının daraltılması anlamını taşımaktadır. Bu husus özel-  
likle idarî ceza yargılaması niteliğini taşıyan disiplin yargılamasında çok  
büyük bir önem taşımaktadır. Çünkü disiplin yargılamasında esas itiba-  
riyle bir eylemin cezalandırılması söz konusudur. İdare disiplin kovuş-  
turması süreci içinde, eylem hakkında tanık dinlese de , **yargılamanın**  
**dolaysızlığı ilkesi** gereğince yargı organının da doğru ve adaletli hüküm  
verebilmek için tanık ifadesine başvurması zorunludur. Hatta bazı du-  
rumlarda idari disiplin koğuşturması sürecinde dinlenmemiş yeni tanık-  
lar ortaya çıkabilir. Dâvada bu tanıkların da dinlenmesi olayın lâykıyla  
aydınlatılabilmesi bakımından zorunlu olabilir.

Tam Yargı dâvalarında da çoğunlukla idarenin zararı yaratan bir eylemi  
söz konusu olduğundan bu eylemin ortaya çıkış neden ve koşullarının ve  
zararın gerçek boyutlarının dâvada yeterince ortaya konulabilmesi için  
duruşma yapılarak tanık dinlenmesinin zorunlu olmasına karşın pozitif  
hukuk buna imkân vermemektedir.

Duruşmalı işlerde tanık dinlenmesini öngören idari yargı sistemlerinin  
başında Alman sistemi gelmektedir (32). Fransız Devlet Şûrası da bazı  
durumlarda tanık dinlenmesini kabul etmektedir (33).

---

larda idari yargı merciinin tanık dinlenmemesi kuralını zorlayarak, tanığın noter  
marifetiyle alınıp dosyaya ibraz edilmiş olan ifadesine itibar ettiği işaretlenmekte-  
dir (sh.267).

- (32) 19 Mart 1991 tarihli İdari Yargı Yasası'nın (Verwaltungsgerichtsordnung) 96. mad-  
desinin 1. bendinde idari yargı merciinin gerekli gördüğü durumlarda keşif yapa-  
bileceği gibi , duruşmada bilirkişi ve tanık da dinleyebileceği yolunda bir hüküm yer  
almaktadır. Gerek öğretilerde , gerek uygulamada davanın tarafı olan idari makamın  
mensuplarının da tanık olarak dinlenmesi kabul edilmekteyse de, daire âmirleri-  
nin ve şef durumundaki idare görevlilerinin tanıklığına başvurulamayacağı hu-  
susunda görüş birliği vardır. Bkz.: **ULE, Carl Hermann** , *Verwaltungsprozessrecht*,  
9. bası, Münih, 1987. sh. 284.
- (33) **CE., T.A.Nantes**, 9 Ocak 1980; ayrıca bkz. **DEBBASCH, Charles / RICCI, Jean-  
Claude**, *Contentieux administratif*, 4. bası, Paris, 1985, sh. 528-529, no. 521.

cc - **Yürütmeyi durdurma**'ya ilişkin düzenlemede de önemli bir eksiklik göze çarpmaktadır, ki o da dâva mahkemesinin yürütmeyi durdurmaya ilişkin kararı üzerine yapılacak itirazla ilgilidir. Gerçekten, yargılama usulünde gerek dâva, gerek kanun yolları süreçlerinin tarafların iddia ve savunmalarına yer veren, çelişmeli (*contradictoire*) nitelikte olmasına karşılık, yürütmeyi durdurmanın kabulü ya da reddi kararlarına karşı itiraz edilmesi durumunda bu itirazın içeriği, dâvanın diğer tarafına bildirilmemekte ve ona, kendi görüş ve iddialarını itiraz merciiine sunma olanağı tanınmamaktadır. Bu durum, **yargılamanın çelişmeli olması ilkesi**'ne aykırı olduğu gibi, Anayasa'nın hak arama özgürlüğü içersinde düzenlemiş olduğu savunma hakkının kısıtlanması anlamına geldiğinden Anayasa'ya da aykırıdır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, yasama eksikliğinin (l'inertie parlementaire) Anayasa'ya aykırılık oluşturmasını bir Anayasa emrinin yerine getirilmemesi durumuyla sınırlı görmekteyse de (34), Danıştay bir çok kararında yasama eksikliğinin hukuka aykırılık oluşturacağını kabul etmiştir (35). Kanımca yürütmeyi durdurma konusundaki itiraz üzerine bu hususta karar vermeye yetkili olan idarî yargı mercii söz konusu boşluğu hukuk (yargısal teamül kuralı) yaratmak suretiyle doldurabilir (36) ve kanımca doldurması da zorunludur.

b - Uygulamadan kaynaklanan eksiklikler ve usule aykırılıklar ise kanımca şunlardır :

aa- Esas itibarıyla dosya üzerinden cereyan eden idarî yargılamada çelişmelilik karakterinin korunması için 2577 sayılı Kanun'un 16. maddesi **tebligat ve cevap verme** başlığı altında idarenin savunması, dava-

(34) Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin bir çok kararı yerine örnek olarak 18.1.1989 tarihli ve E.88/3, K.88/29 sayılı kararı, AYMKD. Sayı : 25, sh. 25 vd.

(35) Danıştay'ın bu konudaki birçok kararı yerine örnek olarak İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 2.2.1990 tarihli ve E.89/23 , K. 90/15 sayılı kararı, Danıştay Dergisi, sayı : 80, sh. 90.

(36) Nitekim Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'da ve kendi organik kanun'unda yer almayan **Yürürlüğün Durdurulması** kavram ve kurumunu, "**boşluk durumlarında yargıca tanınan hukuk yaratma yetkisi**"ne dayanarak ilk kez 21.10.1993 tarihli ve E.93/33 , K.93/40-1 sayılı kararıyla kabul etmiş ve uygulamaya koymuştur. Bkz. AYMKD. Sayı 29/ C.1, sh. 562.

cının cevabı ve cevaba cevap (*réplique et duplique*) gibi usuller kabul etmiştir. Bu konuda mahkemeler çok kez ihmalci bir davranışa girerek bazan dâvalı idarenin birinci savunmasını, bazan da davacının cevabına cevap oluşturan ikinci savunmasını davacıya tebliğ etmemekte ve belki de bu suretle dâvayı hızlandırdıklarını düşünerek kanunun öngördüğü usule açıkça aykırı hareket etmektedirler. Oysa 16. maddenin 2. bendinin son cümlesinde “*dâvalının ikinci savunmasında, davacının cevaplandırmasını gerektiren hususlar, dâvanın görülmesi sırasında anlaşılırsa, davacıya cevap vermesi için bir süre verilir*” yolunda bir hüküm yer almaktadır. Bu nedenle mahkemelerin aksine davranmalarının savunma hakkını kısıtlayıcı bir etken olduğunu düşünmekteyiz.

bb - Türkiye’de idarî uygulamaların en ziyade şikâyete yol açan bir yanı, yargı kararlarının yerine getirilmemesi, ya da bilerek veya bilmeyecek yanlış yahut özüne ve amacına aykırı biçimde yerine getirilmesidir. Burada yargı kararlarının yerine getirilmemesi durumunda neler yapılabileceği üzerinde durmak istemiyorum. Çünkü bu konu üzerine bugüne kadar çok yazıldı ve konuşuldu. Benim üzerinde durmak istediğim konu, idarenin bir yargı kararını yerine getirmiş gibi görünerek onu özünden saptıracak biçimde art niyetli biçimde uygulaması, ya da iyi niyetli olmakla birlikte kararı, lâıkiyle anlaşılabilmesi nedeniyle yanlış uygulamasıdır. İdarenin iyi niyet kuralını zedeleyen ve yargı kararını özünden saptıran davranışlarının yaptırımını davet edici bir davranış olması nedeniyle buna karşı gene dava yoluna başvurulması olanağı vardır. Bunun uyuşmazlıkları artırdığı ve bu suretle yargı mercilerinin aşırı yük altına girmesi sonucunu yarattığı ortadadır. Lâkin idarenin böyle davranmasını yargısal yoldan kesin olarak önlemek mümkün değildir. Bununla birlikte, özellikle karmaşık hukukî sorunlara çözüm getiren kritik kararların söz konusu olduğu durumlarda ve herşeyden önce yürütmeyi durdurma kararlarında, yargı merciinin idarenin yanlıya düşmesinin önlenmesi mümkündür. Şöyle ki bu gibi durumlarda yargı mercii iptal ya da yürütmeyi durdurma kararında uygulamaya ilişkin açıklayıcı ifadeler de kullanılmalıdır. Kuşkusuz ki bunun idareye bu hususta emir ve direktif niteliğini taşıyacak bir ölçüye vardırılmaması gerekir.

Aksi halde Türk idarî yargılama hukukunda yer almayan bir çeşit zorlayıcı önlem (*injonction*) söz konusu olur (37).

### 3. Yargının Hızlandırılması :

Dâvacıların en ziyade şikâyet ettikleri konulardan bir başkası da dâvalarının çok uzun sürmesidir. Bu madalyonun sadece bir yüzüdür. Öbür yüzü ise idari yargı mensuplarını ilgilendirmektedir, ki o da idarî yargının çok ağır bir dâva yükü altında ezilmesidir (38). Böyle bir durumun çok ciddi sakinler yarattığını uzun uzadıya açıklamaya gerek duymuyorum. Yalnız şu iki noktaya dikkat çekmek isterim :

\* Yargının yükünün giderek artması nedeniyle ortaya çıkan yavaşlama, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde yer alan "**âdil yargılama ilkesi**" ne uygun düşmemektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bu konuya ilişkin sayısız kararı vardır.

\*\* Dâvaları hızlandırma kaygı ve çabası içine sürüklenen yargı mercileri ise işleri çabuklaştırmak için çok kez yüzeysel incelemelerle yetinmek durumunda kalmaktadır. Bu da, yanlış karar verme olasılığını artırmakta, ya da kararları (özellikle gerekçe kısmını) kısa tutma eğilimine güç kazandırmaktadır.

Bu durumu değiştirmek için büyük ve küçük ölçekli önlemler alınabilir:

#### a) **Büyük Ölçekli Önlem:**

Bu önlem bugün ABD'de ve Avrupa Birliğine dahil ülkelerin hemen hepsinde çoktan yasalaştırılmış bulunan **Genel İdarî Usul** alanının yasalaş-

(37) Fransız idare hukukunda „*injonction*“ uygulamasının esas itibariyle kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olması nedeniyle kabul edilmediği görülür. Fakat yasanın öngördüğü bazı ayrık durumlarda yargı mercilerine kesin hüküm konusunda *injonction* uygulama yetkisi verilmiş bulunmaktadır (16 Temmuz 1980 ve 8 Şubat 1995 tarihli yasalar). karş. **CHAPUS, R.** a.g.e., sh. 846, 1185 vd.

(38) Danıştay yargıcı bir dostum bana mensup olduğu dairede dosyalar üzerinde cereyan eden müzakerelerin işin çokluğu yüzünden çok zaman aldığı, bu yüzden çalışma saatleri içinde dosya inceleme fırsatı bulamadığını, fakat artık akşamları dosyaları çantasına doldurup evine götürmekte bulunduğunu, fakat artık kendisini çok yorgun hissetmeğe başladığını uzun uzun anlatmıştı. Aynı şikâyetleri, İstanbul idare mahkemelerinde şimdi başkan ve üye olan eski öğrencilerimden de işitmekteyim.

tırılmasından ibarettir. Yıllardan beri çeşitli vesilelerle üzerinde durduğumuz bu konunun artık bir çözüme bağlanması kaçınılmaz olmuştur (39). Bunun sağlayacağı yararları şöylece özetlemek mümkündür:

aa- İdarenin karar üretme sürecine ilgilinin katılımını sağlaması işlemin konusu hakkında yeterince açıklığa kavuşmasını sağlar ve bu sayede doğru ve ilgiliyi de tatmin edecek bir karara ulaşma olanağı yaratılmış olur.

Kararlara karşı da yargısal kanun yollarına benzer biçimde düzenlenmiş idarî başvuru yollarının öngörülmesi suretiyle, alt idare makamının ürettiği kararda bir hukuka aykırılık varsa bu aykırılığın bu süreç içinde giderilmesi sağlanır. Böylece, düzenli bir idari usul süreci, hukukî uyumsuzluklar bakımından bir filtre vazifesi görür ve uyumsuzlukların mümkün olduğu kadar yargı organı önüne götürülmeden, bizzat idarenin içinde çözülmesi şansını yaratır.

bb - Eğer buna rağmen idareyle birey arasındaki uyumsuzluğun dâva biçiminde yargı mercii önüne getirilmesi önlenememişse bile, hiç değilse idarî usul süreci içinde uyumsuzluk konusu olay yeterince aydınlatılmış bulunur ve eldeki kanıtlara göre dâvanın çözümü büyük ölçüde kolaylaşmış olur.

Açıklamağa çalıştığımız nedenlerle idari usul sektörünün Türkiye’de hızla yasalastırılması yoluna gidilmelidir.

#### **b) Küçük Ölçekli Önlemler :**

aa - Bunların başında idare mahkemelerinin sayısının artırılması geliyor. Bunun bir bütçe sorunu olduğunun da bilincinde olmama rağmen böyle bir şeyin hiç değilse ilk derece idari yargı mercilerini biraz rahatlatacağını düşünüyorum.

---

(39) Genel İdari Usulün teorik ve pratik sorunlarıyla yasalastırılması konusu Türkiye’de ilk kez 1964’te tarafımızdan kaleme alınan doktora tezinde yer almıştır. Daha sonra bazı makale ve bildirimlerle bu konuda gösterilen çabalara katkıda bulunmaya çalıştık. Fakat bir kaç yıl önce hazırlanan İdari Usul Kanunu Tasarısı ne yazık ki yasalastırılmadan *caduc* oldu.

bb - İkinci olarak yapılması gereken, Bölge İdare Mahkemelerini birer istinaf kademesi haline getirecek yasa değişikliğidir. Bu da yeterli olmayabilir. Danıştay'a temyiz yoluyla gidecek uyuşmazlıklardan çok basit olanlarının Bölge İdare Mahkemesince, temyizi mümkün olmamak üzere kesin hükme bağlanmasının kabulü gerekir. Hattâ, bugün Danıştay'ın , yasa gereği ilk derece yargı mercii sıfatıyla gördüğü dava kategorisinin azaltılması da Danıştay'ın yükünün hafifletilmesi açısından isabetli olacaktır.

### Oturum Başkanı

---

Sayın Ülkü Azrak'a çok teşekkür ediyorum; bizden birisi gibi konuştu. Zaten bizden de; yani yargıyı ve yargıçlığı yaşamış gibi konuştu. Ben, İlhan'ın bana zaman bırakmaması ihtimaline binaen, -çünkü peşinen söyledi- Ülkü Azrak'ın konuşmalarına bir-iki eklenti yapmak istiyorum. Bu Hâkimler-Savcılar Yüksek Kurulunun yargıçların özlük haklarıyla ilgili kararlarına karşı dava açılmaması, tek kelimeyle ve gerçek anlamda bir zulüm. Gerekçesini söyledi; "yüksek yargıçlar hata yapmaz"; yaparlar. Ayrıca şu da bir gerçek ki, yüksek yargıçlar iyi yönetici değildir; burada alınan kararlar yönetsel karardır ve her halükarda dava konusu edilmesi gerekir. Bu, 1971 Anayasa değişikliğinden kaynaklanan bir gelenektir; ama o zaman Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyetin temel niteliklerinden hareketle bunu esastan iptal edebilmişti. Şimdi tabii böyle bir olanak yok. 1402 sayılı Yasayla ilgili İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı, Danıştayın bir kararıdır; şahsımı da ilgilendirmiş olduğu için, ayrıca teşekkür ediyorum.

Bir üçüncü husus, 1999 senesinin adli tatile müsadif Ağustos ayında tahkimle ilgili 155. Madde değiştirilirken Danıştayın hiçbir şekilde görüşüne başvurulmamıştır. O kadar kararlıydılar ki, belki Danıştayın bu düzenlemenin esasını etkilememekle beraber, başka formülleri olabilirdi; bu formüllerden de yararlanılmak istenilmemiştir.

Buyurun Sayın Özay.

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Efendim, ilkokuldayken “Türküm, doğruyum” diye o marşı ben söyletirdim. O kadar benimsemişim ki, şimdi müsaade ederseniz o formülü kullanarak burada bulunan büyüklerimi saygıyla, yaşça benden küçük olanları da sevgiyle selamlayarak sözlerime başlamak istiyorum.

Bizim üniversitede tertiplenen sempozyumlarda, birden fazla konuşmacı olduğu zamanlarda, o konuşmacıların hemen hemen hepsi aynı görüşleri paylaşan insanlar olurlar; salondakilerin de büyük çoğunluğu aynı görüşü paylaşır, onun için böyle güllük-gülistanlık toplantılar yaparız. Bana sorsanız, şimdi bu Oturum da böyle olacak; çünkü değinmiş olduğu ya da değinmemiş olduğu konularda -bende yazılı metni var çünkü- Ülkü Azrak’la aynı kanıdayım, aynı görüşleri paylaşıyorum. Aynı görüşleri nasıl paylaşamam ki; Ülkü Azrak, bütün yaşamımı hukuk devleti idesine adanmış ve onun gerçekleşmesi için de 1960 yılında eline fırsat geçtiği zaman kurmuş olduğu Bilim Komisyonu ve onun Başkanı olarak bir başyapıt saydığım 1961 Anayasasının esasını hazırlamış olan bilge hukukçu Sıddık Sami Onar’ın okulunun bugün buradaki en kıdemli temsilcisi olarak bulunuyor. Nasıl Ülkü Azrak’la aynı görüşleri paylaşamam ki; bendeniz de o okulun eğer 60’ına merdiven dayamış olan bir kimseye genç denilebilirse, ki yaş bakımından değil; fakat kıdem bakımından en genç temsilcisi olarak burada bulunuyorum ve de büyük bir mutluluk duyuyorum ki, değerli meslektaşlarımla tevaccüh ve seçimleriyle bugün hasbelkader Sıddık Sami Onar’ın kürsüsünde bendeniz bulunuyorum. O bakımdan da biz, bütün bu konularda, idarenin yargısal denetimi konusunda hep Hocadan, onun devamı olan Ragıp Sarıca’dan esinlenmiş ve onların âdeta dinine mensup insanlar olarak her zaman bu kavramları savunuyoruz.

Madem Hocadan sözü açtım, onun bir hikâyesini de anlatabayım: Bir adam, bir yerde “rom” denilen bir içki içmiş, pek beğenmiş “nedir bu?” demiş. Demişler ki, “Sıcak çayın içine konyak konulur, rom olur.” Eve gelmiş; “Ha-

nım, bana bir rom yap” demiş. Karısı sormuş tabii, “Nasıl yapılır bey?” “İşte sıcak çayın içine...” “Evde çay yok, kahve var” demiş. Konyak konulacak, Türk evinde konyak olur mu; konyak da yok, rakı var. Kahveye rakıyı koyunca da, tabii o İrlanda kahvesi olmuş belki. Tadanlar bilirler; o İrlanda kahvesi, yenilir-yutulur bir nesne değildir. O bakımdan da bendeniz idari yargıya baktığım zaman, maalesef Hocanın bu hikâyesini hatırlıyorum.

İdari yargı, Danıştayı bir tarafa bırakalım, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini de ayrı tutuyorum; bugün ilk derece idari yargı bağımsız değil ki... Danıştay Danıştay ise, belki de “kendim ettim, kendim buldum” diyorlardır, onu bilmiyorum. Danıştay ise, ilk derece mahkemesi olarak üstlenmiş bulunduğu görevlerden o kadar bunalmış bir halde ki, âdeta ne yapacağını şaşırmış gibi galiba. O bakımdan da bu çerçeveye içinde bizim idari yargımız, “çay yok, kahve koy; konyak yok, rakı koy.” O bakımdan da kendine özgü bir yargı düzeni olarak karşımıza çıkıyor. İlk derece mahkemeleri mensupları, Ülkü de değindi, açık öğretimde bile ilk dereceye yargıç olabiliyorlar. Bunu söylemeye korkuyorum, çekiniyorum; çünkü bundan önce Danıştay sempozyumunda bunu söylediğim zaman, pek değerli bir üye, -ki o ana kadar bana iltifatlar yağdırıyordu- “Bizi yaraladınız Hocam” diye ortaya çıktı; çünkü kendisi Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunuymuş. Ancak, ben Danıştay mensupları için bunu söylemedim ki; ilk derece mahkemelerinin yargıçları için söyledim ve usul hukukunu bilmeden, okumadan buraya yargıç olabiliyorlar diye, iktisat fakültesindeki öğrencilerimden örnek verdim; idari yargı dersini okuyan, 3 sene idare hukuku ve idari yargı dersi okuyan öğrencilerimden örnekler vererek bunu yaptım.

Ülkü Azrak’ın burada değinmemiş bulunduğu, yargı denetimine sınırlamalar getirilmesi, Anayasada idarenin yargısal denetimini sınırlar.

...Barolar Birliğinin yeni Anayasa tasarısına ilişkin ilkeleri tarafımızdan tespit edildi, bana onu gönderdiler. Gerçi bir tek kuruluşa ilişkin olmak şartıyla, idarenin yargısal denetiminde yine istisna öngörüyor. İstisna ile başladığımız zaman, o 1982 Anayasası olur. “Her şey şeyledir; ancak... Her şey böyledir; ancak... İdarenin bütün işlem ve eylemleri denetlenir; ancak...” diye başladığımız zaman, 1982 Anayasasıdır ve bu durumda ona do-



kunmaya da gerek yoktur. O bakımdan da Ülkü de onu herhalde aldı. O bakımdan onu üzme için şimdi bunu söyledim. Hangi kuruluştur, nedir; onu söylemeye mezun değilim, Barolar Birliği gerekirse onu kendisi açıklar.

Ülkü'nün bildirisinin sonu, reform önerisiyle sonuçlanıyor ve "büyük ölçekli önlem" diye fevkalade güzel bir formül kullanmış. Büyük ölçekli önlem olarak, idarenin karar alma mekanizmasının bir usul yasasına bağlanmasını, Amerika Birleşik Devletlerindeki gibi bir usul yasasına bağlanmasını büyük ölçekli önlem olarak niteliyor. Bu, gerçekten de ben eğer bir bildiri hazırlasaydım aklıma muhtemelen gelmeyecekti; bu konuda çok büyük bir katkıdır. O bakımdan da kendisinin kıdemli bir meslektaş olarak, bir kardeşi olarak kendisine huzurunuzda teşekkür etmek istiyorum. Ancak, Ülkü Azrak nasıl böyle bir şey önermeyebilirdi; çünkü Ülkü Azrak, bundan seneler önce umumi idari usul konusunu doktora tezi konusu yapmıştır ve o konuda Türkiye'de ilk ciddi ve şimdiye kadar da pek aşılmamış bir çalışmanın müellifidir. Dolayısıyla seneler önce, bu usul hukukunun -ki, Sevgili Ülkü dostumuz Fransızca terimleri de çok sevdiği için, her zaman onu anlatırken "Prosedure administrative non contansieus" diye böyle Fransızca'sını da kullanır- babasıdır, müellifidir. O bakımdan da burada onu önermesi, benim için bir sürpriz teşkil etmedi, mutlu bir olay teşkil etti.

Dün, Amerika Birleşik Devletleri Anayasasından söz edildi; "yaşayan Anayasa, 200 yıldır, 212 nci yılı vesaire" diye. Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında, Amerika'nın hukuk devleti olduğuna ilişkin hiçbir ifade yok. Hukuk devletini "Rule of law" diye İngilizce ifade etmek mümkün; ama orada "Rule of law" diye bir madde hatırlamıyorum ya da bir madde içinde başka bir şey hatırlıyorum. Çok önemli bir maddesi var; "Due proces." Proses belli, süreç demek, usul demek. Due sözcüğü pek anlaşılabilir gibi; due, hak edilen usul anlamını taşıyor, çünkü due sözcüğünün sözlük anlamı o. Ne diyor; "Hiç kimse, hak etmiş olduğu usul kurallarından geçerek verilmemiş bir karar olmaksızın life (yaşam), liberity (özgürlük) ve property (mülkiyet) haklarından yoksun bırakılan bir kararla karşılaşamaz, böyle bir karar verilemez" diyor.

Yaşamı anladık, liberty’i de anladık; dünden beri dördüncü kuşak, beşinci kuşak diye bütün özgürlükler kuşak kuşak karşımızda sergilendi. Mülkiyet nedir; mülkiyetin içine her şeyi sokuyor. Bir lise öğretmeni, özel okul, patronu görevine son vermiş; mahkemeye başvurduğu zaman, bunu onun mülkiyet hakkına haksız bir tecavüz olarak görüyor ve denetliyor, bizdeki terimleriyle iptal ediyor. Due Proces’i bizde her zaman bir usul hukuku, ama bütün hukukçular, yargılama usulü hukuku ilkesi olarak takdim etmişlerdir. Halbuki due proces, yargılama usulünden ziyade, idarenin karar alma mekanizmasında izlemesi gereken usulü ifade eden bir kavramdır. Amerika Birleşik Devletlerinde 1946 senesinde İdari Usul, Yönetmelik Yöntem Yasası çıktığı zaman, idarenin karar alma mekanizmasını yargısal usule benzetmişlerdir; çünkü taraflar vardır, idare ve ilgililer vardır, ilgililerin katılımı söz konusudur. Zafer Üskül dostumuz, beni yürekten de yaralayan, son derece mutlu eden “gün ışığında yönetim” terimini kullandı. İşte gün ışığında yönetimin unsuru, idarenin işleyişinin demokratik olabilmesi, kişilerin, ilgililerin o karar alma mekanizmasına yetkili olarak katılması sayesinde ancak mümkün olabilir. Yetkili olarak katılmaları bir anlam ifade etmez; çünkü idarenin karşısında zayıftırlar. Bilgi edinme özgürlüğüne sahip olmaları lazımdır ki, yeterli bir donanımla o idarenin karşısına çıkabilsinler. O bakımdan da idari usul, yargılama usulünden ayrılmayacak, yargılama usulünün efektif bir biçimde tam anlamıyla işlemlerini sağlayabilecek bir mekanizmadır ve Amerika Birleşik Devletlerinde de idarenin almış olduğu kararların hukuka uygunluğunun ve de yargı yerlerinin verdikleri kararların daha sağlıklı olmasının tek güvencesi olarak idari usul yöntemini görmekte ve kabul etmektedirler. O bakımdan da ben şimdi bu kadar şey bir topluluk huzurunda belki beni reddetmek cesaretini bulamaz diye Sayın Nuri Alan’dan da rica ediyorum; Danıştayda İdari Usul Yasası ve idari yargının yeniden yapılanmasına ilişkin bir sempozyum yapacaksa -ki, mayıs ayında yapacağız inşallah- o zaman orada bir İdari Usul Yasasını da mutlaka ele alalım. Sayın Başkanı korkutmuşum, “size zaman kalmayacak” demiştim; fakat hayret edilecek bir şey, hem her söylemek istediğimi söyledim, hem de bitirdim.

Çok teşekkür ederim.

Sayın Özey'a, her zamanki renkli üslubuyla yaptığı ve ilgiyle izlenen konuşması için teşekkür ediyorum. Ayrıca Türkiye Barolar Birliğine de, bu kurultay nedeniyle teşekkürlerimi ve acizane takdirlerimi sunuyorum. Gerçekten kurultayın üçüncü gününde, şu andaki katılım ve katılımcıların ilgisi, kurultayın ne derece başarılı olarak sürdürülmekte olduğunu simgelemektedir. Tekrar teşekkürlerimi ve sizlere de saygılarımı sunuyorum.

### BİLDİRİ III

“MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞI,  
BAKANLARIN SORUMLULUĞU,  
CUMHURBAŞKANININ SORUMLULUĞU”



#### Oturum Başkanı

Av. Burhan Karaçelik (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı)

#### Sunuş

Prof. Dr. Yıldızhan Yayla (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Tartışmacı

Prof. Dr. Uğur Alacakaptan (Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

## Sunucu

---

Değerli konuklar; günün son toplantısını yönetmek üzere, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı Sayın Burhan Karaçelik'i kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Sayın Başkanım.

Toplantının konusu, elinizdeki broşürlerden de anlaşıldığı gibi, "Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu ve Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu" başlığını taşımaktadır.

Teşekkür ediyoruz, başarılar Başkanım.

## Av. Burhan Karaçelik

---

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

Birinci bölümde bildiri sunacak Prof. Dr. Sayın Yıldızhan Yayla; teşekkürlerini rica ediyorum. Keza tartışmacı Sayın Prof. Dr. Uğur Alacakaptan'ı davet ediyorum.

Sayın Prof. Dr. Yıldızhan Yayla, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi. Sayın Prof. Dr. Uğur Alacakaptan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı. Bunların hepsinin kim olduğu toplumca bilindiğinden, ayrıca özgeçmişlerini açıklamaya gerek görmedik.

Konumuz, "Milletvekili Dokunulmazlığı, Bakanların Sorumluluğu, Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu." Sayın Yıldızhan Yayla'dan, konuşmasını yapmasını rica ediyoruz.

**Prof. Dr. Yıldızhan Yayla**

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **MİLLETVEKİLİ DOKUNULMAZLIĞI BAKANLARIN SORUMLULUĞU CUMHURBAŞKANININ SORUMSUZLUĞU**

Dokunulmazlık, sorumluluk veya sorumsuzluk kavramları, inceleme konumuz bakımından -ana hatlarıyla da olsa- açıklanmaya muhtaç görünmektedir (\*).

Konunun ele alınış amacı ise, bu mütevazı çalışmanın kapsamını daraltmaktadır. Gerçekten, amaç, olası bir Anayasa değişikliğine katkıda bulunabilmektir. Bu nedenle, incelememiz, başta ceza mevzuatı olmak üzere kanunlardaki ayrıntılara girmeyecektir.

### **I-Kavramlar – Açıklamalar**

#### **1- Milletvekili Dokunulmazlığı**

Hemen belirtelim ki, “dokunulmazlık” kavramı, milletvekilleri ve -tabii-bakanlar sözkonusu olduğunda geniş anlaşılmalıdır. Çünkü, gerek milletvekillerinin, gerekse bakanların dokunulmazlıktan daha önce, sorumsuzlukları vardır.

Sorumsuzluk, Anayasa’da, “T.B.M.M üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Meclis’te ileri sürdükleri düşüncelerden ve bunları (Meclis’ce başka bir karar alınmamışsa) Meclis dışında tekrarlamaktan sorumlu tutulamazlar”, şeklinde ifade edilmiştir (m.83/1).

Dokunulmazlık da, yine Anayasa’da, “seçimden önce veya sonra bir suç iş-

(\*) Bununla birlikte, yaptığımız bu küçük inceleme, Anayasa Hukuku ders kitaplarında görülen ayrımlardan çok, günümüzün sorunları, eğilimleri ve gelecekteki olası doğrultularla sınırlıdır. Örnek olarak, siyasi sorumluluk konusuna ayrıntılı ve sistematik bir şekilde yaklaşılmamıştır.

lediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclis'in kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz (m.83/2)" denilmek suretiyle açıklanmıştır.

Görüldüğü gibi, Anayasa "yasama dokunulmazlığı" kenar başlığının sadece "dokunulmazlığı" kapsıyor görünmesine karşılık, aynı maddede, iki ayrı müesseseyi düzenlemektedir: sorumsuzluk ve dokunulmazlık. Kuşkusuz, itibar edilmesi gereken maddenin içeriğidir. Çünkü, Anayasa'nın madde kenar başlıkları metne dahil değildir (m.176/2).

Anayasa, Milletvekillerinin sorumsuzluğu konusunda bir tek sınırlama getirmiş görünmektedir : Meclis'ce aksine bir karar alınmış olduğu halde, Milletvekilinin, Meclis çalışmalarındaki, oy, söz ve düşüncelerini Meclis dışında tekrarlaması ve açığa vurması. Ancak, kanaatimizce, bu tek sınırlama değildir. Zira, dikkat edilecek olursa, oy, söz ve düşünceler, "Meclis çalışmaları" ile bağlantılıdır. Ayrıca, korunan, oy, söz ve düşüncelerdir. Başka bir deyişle, Meclis çalışmaları kapsamının dışında kalacağı "aşıkâr" olan eylem, söz ve düşünce ifadelerini (hakaret ve sövme, açıkça iftira etme gibi) sorumsuzluk içinde algılamamak gerekir (1).

Dokunulmazlık bakımından da bazı istisnalar öngörülmüştür (m.83/2) :

- Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali;
- Seçimden önce soruşturulmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14.maddesindeki eylemlere ilişkin durumlar (Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek; Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzenini kurmak amacıyla, Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetleri kullanmak).

(1) Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası, kenar başlığı : "Parlemanter Sorumsuzluk ve Dokunulmazlık" olan m.46 : "...Bu hüküm hakaret ve sövmelerde uygulanmaz". Türkiye için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, 12.Bası, c.I s.270-271

İstisna kapsamına giren olaylarda, yetkili makam, ilgilinin tutulmasına, sorguya çekilmesine, tutuklanmasına ve yargılanmasına karar verebilir. Sadece, durumun hemen ve doğrudan doğruya T.B.M.M.'ne bildirilmesi zorunluğudur.

T.B.M.M nin bir üyesi hakkında, seçimden önce verilmiş bir ceza da olsa, bu cezanın hükmünün yerine getirilmesi üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Seçimden sonra verilmiş bir ceza için de aynı erteleme geçerlidir. Üyelik süresince zamanaşımı işlemez (m.83/3).

Dokunulmazlığın kaldırılmasına Meclis karar verir. Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma açılabilmesi, Meclis'in yeniden dokunulmazlığı kaldırmasına bağlıdır.

Anayasa, yasama dokunulmazlığının kaldırılması veya milletvekilliğinin düşmesi kararlarının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma yolunu açık tutmuştur (m.85).

## 2- Bakanların Sorumluluk ve Dokunulmazlığı

Anayasa, bakanların iki kaynaktan atanabileceğini kabul etmiştir : T.B.M.M üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından (m.109/3).

T.B.M.M. üyesi olan bakanların, milletvekili olarak, sorumsuzluk ve dokunulmazlık ayrıcalığından yararlanacağı açıktır. Dışardan atanan bakanlar da, bakan sıfatını taşıdıkları sürece milletvekillerinin tabi oldukları kayıt ve şartlara uyarlar ve yasama dokunulmazlığına sahip bulunurlar (m.112/4). Buradaki "yasama dokunulmazlığı" da geniş anlamdadır ve sorumsuzluğu da kapsar. Şu halde, dışardan atanan bakanların, Meclis çalışmalarındaki, söz ve düşünceleri ve bunların Meclis dışında tekrarı veya açıklanması sorumluluklarına yol açmaz. Burada, sadece şöyle bir hatırlatma yapılabilir : dışardan atanan bakanların Meclis'te oy hakları olmayacağından, sırf bu noktada, T.B.M.M. üyesi olan bakanlara oranla farklı bir durumları vardır.

Buna karşılık, bütün bakanların, görevleri dolayısıyla, siyasi, hukuki ve cezai sorumlulukları olabilir.



Siyasi sorumluluk : bakanlar kurulunun üyesi olarak bakanların ortak ve tek tek sorumlulukları bulunmaktadır: Hükümetin genel siyasetinden sorumluluk! Milli güvenliğin sağlanmasından ve silahlı kuvvetlerin savaşa hazırlanmasından sorumluluk! Bu kapsamda, bakanların başbakana karşı sorumluluğu da vardır. Başbakanın teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayıyla bakanların görevlerine son verilebilir (m.104-b-2 ve m.109). Bakanların, kendi yetkisi içindeki işlerden ve emri altındakilerin eylem ve işlemlerinden dolayı da sorumluluğu sözkonusudur (m.112/2). Ancak, bu sorumluluk sadece siyasi değil, hukuki ve hatta cezai de olabilir. Bakanların siyasi sorumluluklarının yaptırımlarından biri de, gensoru önergesi yoluyla ve sonuçta güvensizlik oyu ile -bakanlar kurulu ile birlikte veya şahsen-bakanlıktan düşürmedir (m.99).

Bakanların sorumluluğuna yol açabilecek bir olay da, Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanın ve ilgili bakanın imzasını taşıyan kararlarıdır (m.105/1). Bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur. Böyle bir sorumluluk, şartları varsa, hukuki ve cezai sonuçlara da yol açabilir.

Hukuki sorumluluk, özellikle zarar gören kişilerin açtıkları davalar idare aleyhine sonuçlandığında, ilgili bakana rücu edilmesi suretiyle; yargı kararının yerine getirilmemesi halinde de, buna kasten neden olan bakan hakkında şahsen tazminat davası açılması yoluyla sözkonusu olur.

Cezai sorumluluk, bakanlar için, "Bakanlar kurulunun genel siyasetinden veya bakanlıkların görevleriyle ilgili işlerden dolayı" Meclis soruşturması açılması ve sonuçta "Yüce Divan"a sevk yoluyla yaptırıma bağlanmıştır (T.B.M.M. İçtüzük, m.107/2). Bakanların, bakanlık kimliği dışında kalan cezai sorumluluğu, T.B.M.M. üyeleri için olduğu gibidir.

### 3- Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğu

Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapabileceği Anayasa'da veya diğer kanunlarda belirtilen işlemleri dışında kalan kararlarından, bu kararlarda imzaları bulunan başbakan ve bakan ya da bakanların sorumlu olacağını öngörüyor (m.105). Bu ifadenin aksinden, tek başına aldığı kararlardan dolayı Cumhurbaşkanı'nın sorumlu olabileceği sonucu çıkabilir. Bunu ve benzeri sorunları aşağıda, "Sorunlar" başlığı altında tartışacağız. Ancak, şurası muhakkak ki, Anayasa, Cumhurbaşkanı'nın re'sen imzala-

dığı kararlar ve emirler aleyhine, Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamayacağını belirtmektedir (m.105/2 ve aynı doğrultuda m.125/2). Ama burada da, sorumsuzluğun bir sınırı olup olmadığı -hukuk devleti niteliğinin gerektirdiği yorumlarla- tartışılabilir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu da, sadece vatana ihanet halindedir (m.105/3). Demek ki, Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili başka bir eylemden dolayı suçlanamaz. Anayasa, vatana ihanet suçlamasının, T.B.M.M. üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tam sayısının en az dörtte üçünün vereceği kararla yapılabileceğini de belirtmektedir.

Bu ilk tespitlerden hareketle, denilebilir ki: Cumhurbaşkanı görevi dolayısıyla sorumsuzdur; dokunulmazlığı mutlaklıktır. T.B.M.M dışında hiç bir makam kendisi hakkında soruşturma, kovuşturma yapamaz. T.B.M.M İçtüzüğü, görevde bulunan veya görevden ayrılmış bulunan Cumhurbaşkanının vatana ihanetten dolayı suçlanması usulünü ve sonuçta Yüce Divan'a sevk kararı verilebileceğini ifade etmektedir (İçtüzük m.114). Anayasa hükmü ile İçtüzük'teki "görevden ayrılmış bulunan Cumhurbaşkanı" ibaresi bir tartışmayı da davet etmektedir: Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu bir ayrıcalık olduğuna göre Anayasa dışındaki bir hukuki işlem ile -İçtüzük gibi- ve eski Cumhurbaşkanı veya Cumhurbaşkanlarını da kapsayacak şekilde bu ayrıcalık genişletebilir mi? Kastedilen sadece "görevleriyle ilgili olan fiil" ise -ki, öyle olması Anayasa m.148'in gereğidir- o zaman da, mevcut Cumhurbaşkanı'nın sorumsuzluğu görev ile sınırlı mı olacaktır? Başka bir deyişle, Cumhurbaşkanı'nın alelâde, görevi dışında, göreviyle hiç ilgisi olmayan bir konuda suç isnadıyla karşılaşması halinde ne olacaktır? Ayrıca, Yüce Divan'a sevkine karar verilen bir Cumhurbaşkanı görevine devam edebilecek midir? Bu sorunlar da, aşağıda tartışılacaktır.

Anayasa'nın aradığı tarafsızlık niteliği ve tekrar seçilememe şartı dolayısıyla, Cumhurbaşkanı'nın siyasi bir sorumluluğu bulunmadığı sonucuna varılabilir. Nitekim, Anayasa, herhangi bir Devlet organına Cumhurbaşkanı'nın görevden alınması yetkisini -yukarıda değinilen vatana ihanet suçlaması ve Yüce Divan'a sevk hali hariç- tanımamıştır. Ancak, Cumhurbaşkanı hakkında Meclis'te suçlama yapılması ve bunun olası uygulanış biçimi üzerinde, bir sorun olarak ileride durulacaktır.

## II- Gelişim, Doğrultular ve Sorunlar

### 1- Milletvekili Dokunulmazlığı

Milletvekili sorumsuzluğu ve dokunulmazlığının kabul ediliş ve anayasalarla düzenleniş nedenlerini anlamak kolaydır. Parlamentoların, halk temsilcilerinden oluşacak şekilde ortaya çıkışları ve görüşmeler, oylamalar, düşünce açıklamaları yoluyla kararlar almaları, sorumsuzluk ve dokunulmazlığı zorunlu kılmıştır. Çünkü, millet temsilcilerinin oy, söz ve düşüncelerinden memnun olmayan yahut endişe duyan iktidar kadroları (bir hükümdar, güçlü yürütmenin bir başkanı veya bir çoğunluk) engellemeler yapma eğiliminde olmuşlardır. Her devlet kendi deneyimleri, hatıraları ve ihtiyaçları doğrultusunda anayasal kurallara sahip kılınmıştır. Sözgelimi, Amerika Birleşik Devletleri (A.B.D.) anayasası, senato üyeleri ve temsilcilerin, vatana ihanet, cürüm ve kamu düzenini ihlal eden suçları dışında, gerek kendi meclislerinin toplantılarına katıldıkları sırada, gerekse toplantılara gelir ya da giderken tutuklanmama ayrıcalığından yararlanmalarını öngörmüştür. Senato üyeleri ve temsilciler, her iki meclisteki söz ya da düşüncelerinden dolayı hiç bir yerde sorguya çekilemezler. A.B.D. Senato üyelerinin güvencesi, aynı zamanda, federe devletlerin de güvencesidir çünkü senatörler bu devletlerin temsilcileridir. Benzer hükümler, Fransa, İtalya, Almanya gibi devletlerin anayasalarında da görülür. Mesela, Fransa, son yıllara kadar çok geniş bir sorumsuzluk ve dokunulmazlık düzenlemesine sahipti. Bunun başlıca nedenlerinden biri olarak, ikinci imparatorluk döneminin hatıraları gösterilmektedir (2).

Türk Anayasa Tarihi de ilk Anayasası olan 1876 tarihli Kanun-i Esasi'den başlayarak dokunulmazlık düzenlemeleri yapmıştır. Kanun-i Esasi, hem Ayan hem de Mebusan heyeti üyeleri için meclis görüşmelerindeki oy ve görüşleri bakımından, sorumsuzluğu kabul etmiştir. Buna karşılık, dokunulmazlık, mebuslara tanınmıştır (m.47,79). Böyle bir düzenlemenin Ayan Heyeti üyeleri ömür boyu seçildikleri için yapıldığı düşünülebilir. Anayasayı ihlal vatana ihanet ve irtikap suçlamaları ise ayrıca belirtilmiştir (m.48). İkinci Meşrutiyet'te yapılan değişikliklerde, bu sisteme dokunulmamıştır.

(2) P.Pactet, Institutions Politiques Droit Constitutionnel 18.Basım, Paris, 1999, s.448.

1924 Anayasası da, Kanun-i Esasi hükümlerine benzeyen, daha kısa ama biraz daha açık ve koruyucu düzenleme yapmıştır (m.17). Buna göre, Meclis'teki oy ve görüşler ve ifadelerden olduğu gibi bunları Meclis dışında açıklamaktan dolayı da sorumluluk yoktur. Benzeri bir koruyucu genişleme dokunulmazlıkta da görülür. Kanun-i Esasi, Heyet-i Mebusan'ın toplantı halinde olduğu süre ile sınırlı olarak dokunulmazlığı kabul ederken, 1924 Anayasası, bu korumayı seçimden evvelki döneme de taşımıştır (m.17).

1961 Anayasası, 1924 Anayasasının, koruyuculuğu geliştirme yönündeki doğrultuyu devam ettirmiştir. Cınai suçüstü halinde kabul edilen istisnayı, "ağır cezayı gerektiren suçüstü hali" ibaresiyle netleştirmiş; ayrıca, dokunulmazlık kaldırılması kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine iptal istemiyle başvurma hakkını kabul etmiştir (m.81). Amaç bellidir : dokunulmazlığı daha fazla güvence altına almak. Bu yüzden de, daha önceki önceki anayasalarda bulunmayan bir hüküm sevk edilmiştir : "Meclislerdeki siyasi parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınamaz" (m.79/son). Kuşkusuz, çok partili döneme geçtikten sonra 1960'a kadar yaşanan olaylar da 1961 Anayasasındaki bu koruyucu yaklaşımda etken olmuştur (3). Koruyuculuk yönündeki bu gelişmeye karşılık, 1961 Anayasası, sorumsuzluk konusunda, "Meclis çalışmalarındaki oy ve sözleri, Meclis'te ileri sürülen düşünceleri" (ve tabii bunların Meclis dışında tekrarını) koruma altına alırken, 1924 Anayasası, "Meclis içindeki oy, düşünce ve demeçleri" (ve bunların Meclis dışında tekrarını) koruma kapsamında tutmuştur. "Meclis çalışmaları" ifadesinin "Meclis içindeki" ibaresinden yer itibarı ile daha geniş, ancak konu itibarı ile daha dar olduğu söylenebilir.

Seçiminden önce veya sonra bir milletvekili hakkında ceza mahkumiyeti sözkonusu olursa, infaz, 1924 Anayasasına göre milletvekilliği süresinin sonuna bırakılırken (m.17), 1961 Anayasası bu durumda, daha açık bir ifadeyle, üyelik sıfatının sona ermesini ceza hükmünün yerine getirilmesi için şart koyuyor. Bilindiği üzere, 1961 Anayasasına göre T.B.M.M. üyeliği, seçilmeye engel bir suçtan dolayı kesin hüküm giyme halinde düşebilir.

(3) 1961 Anayasası'nın hazırlık aşamaları, ön tasarı ve yardımcı metinlerle "Gerekçe"si bunu doğrulamaktadır.

ör. 1924 Anayasasındaki “milletvekilliği süresinin sonu” daha nesnel ve genel; buna karşılık 1961 Anayasasındaki (m.79/3), “üyelik sıfatının sona ermesi” öznel ve kişisel bir durumu ifade etmektedir.

Görülüyor ki, yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı, işlevsel açıdan daha fazla korunurken, hukuk devleti ve bağımsız yargının gelişmesine engel olarak, “hüküm giyme” halinde bu koruyucu yaklaşım, daraltıcı yönde değişmektedir.

1982 Anayasasının da -esas itibarı ile- bu doğrultuda olduğu söylenebilir. Bir kere, 1961 Anayasası hükümlerinin korunduğu görülmektedir: dokunulmazlık kaldırılması kararlarına karşı iptal başvurusu; bu konuda Meclis’teki siyasi parti gruplarınca görüşme yapılamaması, karar alınamaması, ceza hükmünün yerine getirilmesinin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılması (m.83). Ancak, arada yaşanan olayların da etkisiyle bazı farklı düzenlemeler yapılmıştır.

1982 Anayasası da sorumsuzluğu kabul ederken, “Meclis çalışmaları’ndaki oy ve sözleri”, “Meclis’te ileri sürülen düşünceler”i kapsamına almış fakat bu defa, açık bir şekilde (4): “Başkanlık Divanı’nın teklifi üzerine Meclis’ce başka bir karar alınmadıkça” bunların Meclis dışında tekrarlanmasını ve açığa vurulmasını kabul etmiştir (m.83/1). Şu halde, Meclis, gerekli gördüğü bazı görüşlerin Meclis dışında tekrarlanmasını ve açıklanmasını bir kararla önleyebilir. Nitekim, 1982 Anayasası m.97/son hükmü, gizlilik kararı alınmamış açık görüşmelerin dahi, Başkanlık Divanının önerisi üzerine yayımlanmasını önleme olanağını Meclis’e tanımaktadır. Buna karşılık, 1961 Anayasası’nın konuyla ilgili 87/son hükmünde, sadece : “Meclislerdeki açık görüşmelerin her türlü vasıta ile yayımı önlenemez” denilmekteydi. Görülüyor ki, 1982 Anayasası, böyle bir düzenleme yapmakla, Milletvekillerinin (ve aynı şartlardaki bakanların) sorumsuzluğundaki kesinliği, milletvekillerinin oy, söz ve düşüncelerini dışarda tekrarlama bakımından daraltma yetkisini Meclis’e tanımıştır. Meclis’in ka-

(4) Oysa, gerek 1924, gerekse 1961 anayasalarında, Meclis’in sadece gizlilik kararı alınan görüşmelerinden söz edilir (1924 m.20; 1961 m.87). Bu durumda, görüşmelerin yayımlanması Meclis’in kararına bağlıdır. Aynı hüküm 1982 Anayasası’nda da vardır (m.97). Demek ki, 1982 Anayasası’nın 83/1 hükmü yeni ve amaçlı -kısıtlayıcı- bir yenilik getirmektedir.

rarına rağmen, dışarda açıklama ve tekrarlama yapılırsa bundan sorumluluk doğabilecektir. Ancak bunun şartları açık değildir. Herhalde, böyle bir olasılıkta iki yönlü sorumluluk sözkonusudur: Meclis kararına aykırı hareket etmenin sorumluluğu ile -artık sorumsuzluktan yararlanamayacak olan- söz ve düşüncelerin sorumluluğu!

Dokunulmazlıkta ise, 1982 Anayasası, yukarıda değindiğimiz hükmüyle (m.83 dolayısıyla m.14), seçimden önce soruşturulmasına başlanmış olmak kaydıyla, Devletin bütünlüğü ve varlığının tehdit edilmesi; temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesi gibi çok önemli durumlarda Meclis'in kararına gerek olmaksızın tutulma, sorgulama, tutuklama ve yargılama yapılabileceğini kabul etmiştir. Bu düzenleme de, dokunulmazlığı daraltma eğiliminin bir ifadesidir.

1982 Anayasası, kesin hüküm giyme halinde üyeliğin düşmesini -ilk şeklinde- Meclis kararına bağlarken, 23.07.1995 tarihli ve 4121 sayılı kanunla bu düzenleme değiştirilmiştir. Anayasa'nın yeni 84.maddesinden, incelediğimiz konuda iki önemli değişiklik yapıldığı anlaşılmaktadır: Kesin hüküm giyme halinde, milletvekilliği Meclis kararına gerek bulunmaksızın, ilgili mahkemenin kesin kararının Genel Kurul'a bildirilmesiyle düşmektedir. Oysa, maddenin ilk şeklinde, Meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğu ile üyeliğin düşmesi kararı verilmesi zorunluluğu vardır. İkinci önemli değişiklik ise, kesin mahkumiyete yol açan suçun T.B.M.M üyesi seçilmeye engel bir suç olması şartının kaldırılmasıdır. Uygulamada fazla bir farklılık yaratmasa da, bu değişiklik, dokunulmazlığın kapsamını daraltma yönünde gidildiğini vurgulamaktadır.

Böyle bir gidişin, yine 1995 yılında yapılan bir değişiklikte Fransa'da da görüldüğü söylenebilir. Özellikle son onbeş yılda meydana gelen yolsuzluk olayları, suistimler, özellikle de parlamantodaki çoğunlukların kendi üyelerini koruma eğilimleri bu değişiklikte etken olmuştur (5).

(5) P.Pactet. A.g.e. s.448-449 Müellif, artık kovuşturmalarda Meclis iznine gerek olmadığını; kesin mahkumiyet ve suçüstü halinde iznin aranmadığını, gerektiğinde izinlerin Meclis Başkanlık Divanı'nca verilebildiğini ancak Meclisin, tutuklama, hürriyeti bağlayıcı bir cezayı uygulama konusunda erteleme yetkisinin bulunduğunu hatırlatıyor.

Bu gelişmeleri, sadece bazı suistimal olaylarına bağlamanın yeterli olmadığı kanısındayım. Hatırlanacak olursa, Türkiye’de, önce sorumsuzluk ve geniş bir dokunulmazlık rejimi amaçlanmıştır. O kadar ki, dokunulmazlık kaldırılması kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi’ne bu kararların iptali istemiyle başvurulması yolu açılmıştır. Bu, terazinin bir kefesidir. Ama, diğer kefe de vardır. Burada, Parlamento’nun gelişen -ama gittikçe daha teknik hale geldiği için de kısmen daralan- işlevi ilk etken olmuştur. Gerçekten, Parlamento, siyasi düşüncelerin ve eleştirilerin büyük bir serbestlikle, korkusuzca sergilendiği tek forum olmaktan çıkmıştır. Artık, bütün ülke konuşmakta, tartışmakta, eleştirmektedir. Basın, radyo, televizyon, internet gibi yaygın iletişim araçları; uydulardan gelen yayınlar, sayısal platformlar, uluslararası anlaşmalar, örgütler, yargı kararları öyle bir ortam yaratmaktadır ki, hemen herkes, çok istisnai hal ve konular dışında, eskiden milletvekillerinin sahip oldukları düşünce ve ifade özgürlüğüne bugün sahip olabilmektedir. En azından, gelişmiş demokrasilerde bu böyledir. Bu nedenle, artık milletvekilleri ile vatandaşlar arasında özgür ifade bakımından farklı rejimler bulunmasını açıklamak zorlaşmaktadır (6). Ancak, bu gelişmeye rağmen, yine de milletvekillerinin görevleri gereği bir takım ayrıcalıklardan yararlanmalarının

-bugün bile- uygun olduğu savunulabilir. Ne var ki, dokunulmazlık terazisinin dengesizliği bu kadarla da kalmamaktadır. Gerçekten de, milletvekillerinin iktidar çoğunluğuna göre farklı dokunulmazlık işlemlerine tabi

- (6) Nitekim, E.Teziç, İngiltere örneğinden hareket ederek, “liberal demokratik bir ülkede dokunulmazlığın kapsamının hayli dar bir çerçevede mevcut olması bu ülkede, kişi hürriyetlerinin yeterince güvenceye alınmış olması ile açıklanabilir” demektedir. (E.Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul 1998, 5.bası, s.379) Kanaatimce aynı düşünceyi, milletvekili sorumsuzluğu konusunda biraz daha geliştirmek ve bu sorumsuzluk siyasi iktidara karşı parlamenterleri korurken, bunun kişi hak ve hürriyetlerini zedeleyecek şekilde sorumsuzca kullanılmasını da önlemek gerekir. E.Teziç, “Başkaca ülkelerde olduğu gibi, Türkiye’de de, temiz toplum özlemi, yasama dokunulmazlığının kapsamının daraltılmasını gündeme getirmiştir.” gözleminden sonra, “Türkiye’de yasama dokunulmazlığının kapsamı daraltılmalıdır. Bunun için yapılabilecek bir Anayasa değişikliğinde, yasama dokunulmazlığının ceza kovuşturmasına engel olmaması sağlanmalıdır” (A.g.e. s.382-383), önerisini getirmektedir.

tutuldukları görülmüştür (7). Demek ki, bu açıdan da bir eşitsizlik sözkonusudur. Bu nedenle, dokunulmazlık müessesesi bir kere daha gözden geçirilmelidir. Bu gözden geçirmede, gerçek bağımsız yargıya sahip bir hukuk devletinin çağdaş ve çoğulcu yapısı asıl güvence olarak görülmelidir. Böyle bir yaklaşımla, dokunulmazlığın kaldırılmaması yolundaki Meclis kararlarına karşı, milletvekillerinden en az üçte birinin yazılı istemi üzerine Anayasa Mahkemesine itirazda bulunulabilmeli; Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermesi halinde dokunulmazlık kalkmalıdır.

Benzer bir yaklaşım milletvekili sorumsuzluğu kapsamından, hakaret, hedef göstererek kışkırtma gibi söz ve eylemlerin çıkarılmasını gerektirir. Çünkü, burada da, kişiler arasındaki eşitliğin korunması sağlanmalı, hakaret görenler, hedef gösterilenler aynı şekilde söz ve davranışlarda bulduklarında ne olacak ise o, milletvekillerine de uygulanmalıdır.

## 2- Bakanların Sorumluluğu

Daha önce belirtildiği gibi, Meclis çalışmalarındaki sorumsuzluk ve milletvekili dokunulmazlığı bakanlar için de geçerlidir. Buna, Meclis dışından atanmış bakanlar da dahildir.

Bakanların, bakanlık görevleri dolayısıyla sorumluluklarındaki gelişme de şöyle özetlenebilir :

Kanun-i Esasi'de (m.31), vekillerin yani bakanların nasıl Yüce Divana (Divan-ı Âli) sevkedilebilecekleri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak son söz yine padişahıdır. Buna karşılık, bakanların görevleri dışında kalan davalarda diğer Osmanlılardan farkı yoktur (m.33). Yüce Divan'ının ilgili dairesi tarafından suçlama yapılırsa, bakan düşer (m.34). Esasen, bu sistemde, bakanların atanmaları ve görevden alınmaları tamamen padişahın yetkisine bırakılmıştır (m.7). Bakanların ortak sorumluluğu, II. Meş-

(7) Gerçekten, Anayasa Mahkemesi de, dokunulmazlığın kaldırılması kararının iptali istendiğinde, işin esasını incelerken, suçlamanın ciddiliği yanında, siyasal amaçlara dayanıp dayanmadığını da araştırmaktadır (A.Mhk. 31.07.1998-E.98/38-K.98/50) Siyasal amaçlı hareketin araştırılması doğru olmakla birlikte bunun, Anayasa gereği, sadece dokunulmazlık kaldırılması kararlarında yapılabilmesi, aksi yöndeki kararlar için bir yol bulunmaması eleştirilebilir.



rutiyette kabul edilmiştir. Artık bu sorumluluk seçilmişlerden oluşan Heyet-i Mebusan'a karşıdır (m.30 değişikliği).

1924 Anayasası, bakanların ortaklaşa ve tek tek sorumluluğunu kabul etmiştir (m.46). 1961 Anayasası da aynı yöndedir. İki düzenleme arasındaki benzerlik, Yüce Divan'a sevk halinde de sözkonusudur. Sadece, 1924 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı özel af yetkisi kapsamına, Yüce Divan kararıyla mahkum olan vekiller alınmamıştır. Buna karşılık, 1961 ve 1982 Anayasalarında böyle bir ayırım yapılmamıştır.

Başbakanın ve Bakanların, Cumhurbaşkanıyla birlikte imzaladıkları kararlardan sorumluluğu ise bütün Cumhuriyet anayasalarında vardır. Şu farkla: 1982 Anayasası'nda Cumhurbaşkanının tek başına (m.105/1) veya re'sen (m.105/2) imzaladığı kararlardan başbakan ve bakanlar sorumlu tutulmamışlardır. Diğer anayasalarda ise Cumhurbaşkanının tek başına karar imzalaması öngörülmemiştir. Şunu da hatırlatmak gerekir : 1982 Anayasasında, bakanlar başbakan'a karşı da sorumludur ve bunun yaptırımını, Cumhurbaşkanıyla birlikte ilgili bakanın görevden alınabilmesidir.

Görüldüğü gibi, gelişme, bakanların hem başbakan, hem de Cumhurbaşkanı'na (dolaylı olarak) karşı sorumlu olması yönündedir. Ancak, Anayasa metninden çıkarılabilecek bu tür sonuçların, siyaset biliminin verilerine her zaman uymadığı da unutulmamalıdır. Özellikle koalisyon dengeleri sözkonusu olduğunda böylesi bir yaptırımın kolayca işletilemeyeceği açıktır.

Özetle, 1982 Anayasası, Cumhurbaşkanının tek başına veya re'sen imzaladığı kararlar bakımından bakanların hukuki, cezai ve siyasi sorumluluğunu öngörmemiştir. Buna karşılık, bakanların, başbakan'a ve (başbakan ile birleştiği takdirde) Cumhurbaşkanına karşı sorumluluğu kabul edilmiştir.

Bakanların sorumluluğu konusundaki son gelişmeler, özellikle cezai alanda, iktidar çoğunluğunun siyasi koruma amacıyla hareket edebildiğini göstermektedir. Bu sadece Türkiye'de görülen bir uygulama da değildir. Böyle bir ihtimalde, Yüce Divan'a sevk etmeme yolunda alınan kararların da, bağımsız yargı mercilerince incelenmesini düşünmek ve tartışmak yararlı olabilir. Denilebilir ki, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında

soruşturma açılmasına izin verilmediği zaman Cumhuriyet Başsavcılığı veya şikayetçi nasıl itiraz edebiliyor ve Bölge İdare Mahkemesi veya Danıştay İkinci Dairesi bu itirazı sonuçlandırıyor (Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun m.3 ve m.9), bakanlar hakkında Yüce Divan'a sevkedilmeme (veya soruşturma açılmaması) yolunda verilen kararlar için de benzeri bir usul öngörülebilir. Gerçi, iki müessese arasında fark vardır. Memurlar ve diğer kamu görevlileri (bu kapsama bakanlar cezai sorumluluk bakımından girmemektedir, çünkü ayrı hükümler sevkedilmiştir) soruşturma izni verilmediği ve bu durum kesinleştiği zaman artık cezai kovuşturmaya, memurluktan ayrılışlar da tâbi tutulamazlar. Bir bakan ise, görevi bittikten ve/veya (8) milletvekili sıfatı sona erdikten sonra (aynı eylemler için, genel yargı yerlerinde) kovuşturmaya tâbi tutulabilir. Birincisinde yargılamaya kesin engel varken diğerinde yoktur. Ancak, yaşanan olaylardan dersler alarak, memurlarla ilgili usulden esinlenmek düşünülebilir. Önemli olan, komisyon'daki ve Meclis'teki çoğunluğa dayanarak siyasal amaçlı korumaların ve bundan doğabilecek eşitsizliklerin, objektif ve güvenilir bir yol izleyerek önlenmesidir. Sözgelimi, bir Anayasa değişikliği ile, Yüce Divan'a sevketmeme (ya da soruşturma açmama) kararı, Meclis üyelerinin en az üçte birinin istemi ve Meclis Başkanlığı aracılığı ile Danıştay İdari İşler Kurulu'na gönderilebilir. Böyle bir usulün, T.B.M.M.nin bir kararını Anayasa Mahkemesine değil de Danıştay'a -üstelik idari dairelerine- gönderme gibi, Anayasanın genel sistemine uymayan bir aykırılık içerdiği ileri sürülebilir. Ancak, şu hususlar da unutulmamalıdır :

- Siyasal koruma önlenecek mi, önlenmeyecek midir? Mümkün olduğunca önlenmek isteniyorsa bu veya benzeri bir yol izlemek zorunludur. Ancak, üçte bir gibi, ters yönde istismarı önleyecek ciddi bir sayı da aranmalıdır.

---

(8) Meclis dışından atanmış bir bakanın görevi sona erdiğinde artık milletvekillerinin şartlarından yararlanamayacağı bellidir. Bu durumda bulunanlar için, görev süreleriyle sınırlı olmak üzere, amaca uygun bir yorum yapılmalı ve bu görev süresince işlendiği ileri sürülen (ama soruşturmaya konu olmayan) suçlar için de milletvekillerinin statüsüne tâbi tutulmalıdır.

- Neden Anayasa Mahkemesine gidilmesi önerilmemektedir? Çünkü, ilerde, soruşturma açmama veya Yüce Divan'a sevketmeme kararları kaldırıldığında, olayı inceleyecek yargı yeri Anayasa Mahkemesidir.
- Neden Cumhuriyet Başsavcısına ve Yargıtay'ın ceza dairelerine itiraz önerilmemektedir? Çünkü, Cumhuriyet Başsavcısı, Yüce Divan'da savcılık görevini yapacaktır. Yargıtay ceza daire veya dairelerinin itiraz üzerine karar vermesi de, Danıştay idari dairelerinden farklı olarak, işin esasını etkileyebilecek ve Anayasa Mahkemesi tarafından yerine getirilen Yüce Divan görevini zorlaştırabilecektir.
- Neden Danıştay'ın İkinci Dairesi değil de, İdari İşler Kurulu'nun görevli olması önerilmektedir? Çünkü, bakanlar hakkındaki bir itirazın, memurlardan ve diğer kamu görevlilerinden farklı ve daha üst düzeyde bir kurulca incelenmesi işin önemine ve niteliğine daha uygundur. Esasen, memurların yargılanması usulünde de ilgililerin derecelerine ve görev yerlerine göre kademelenmeler öngörülmüştür.

Bakanların cezai sorumlulukları görevleriyle ilgili işlerdedir. Anayasa'da (m.148) ve Meclis İçtüzüğünde bu açıkça ifade edilmiştir (İçtüzük m.107/2). Görev dışı suçlar için bakanlar da milletvekillerinin tâbi oldukları kural ve usullere göre işlem görürler (9).

Bakanların görevleri nedeniyle cezai sorumluluğu konusunda açıklanması gereken bir husus da şudur : Anayasa, daha önceki anayasalarda da olduğu üzere, "başbakan veya bakanlar hakkında"; "Yüce Divan'a verilen bir bakan bakanlıktan düşer"; "başbakanın Yüce Divan'a sevki halinde hükümet istifa etmiş sayılır" ibareleriyle Yüce Divan'a sadece halen görevde olan başbakan veya bakanların sevkedilebileceğini öngörmüş görünmektedir. Burada, Millet Meclisi İçtüzüğü (m.107/1), "görevde bulunan veya görevinden ayrılmış olan başbakan ve bakanlar hakkında Meclis Soruşturması açılması"ndan söz ederek bir açıklık getirmiştir. Meclis içinden veya dışından bakan olan bir kişi, görevinden ayrıldıktan sonra da Yüce Divan'a sevkedilebilir. İçtüzüğün bu şekilde bir genişletme yapması Anayasa'ya uygunluk tartışması açabilir. Kanaatimce, "görevle ilgili işler" kav-

(9) E.ÖZBUDUN, Türk Anayasa Hukuku, 4.Bası s.297.

ramı ve sınırlaması kabul ediliyorsa, görevden ayrılmış olan başbakan ve bakanların da bu kapsama alınması müessesenin varlık nedenine uygundur. Sadece, “düşme” veya “hükümetin istifa etmiş sayılması” yaptırımları sözkonusu olmayacaktır.

Bakanların hukuki sorumluluğu, genel hükümlere bırakılmıştır. Oysa, 1924 Anayasası'na göre, bakanların görevleri dolayısıyla hukuki sorumlulukları ile ilgili davalar da -suçlar gibi- Yüce Divan'da görülüyordu (10). 1961 ve 1982 Anayasaları , açıkça “görevleri ile ilgili suçlar” dan (1961/m.147 ve 1982/m.148) sözettiğine göre Yüce Divan'ın görev kapsamına hukuk davaları girmemektedir. Genel hükümlerden anlaşılması gereken, “görevle ilgili hukuki sorumluluk” halinde uygulanacak rejimdir. Herhalde, bakanların kişisel eylem ve işlemlerinden, haksız fiil, mal sahibinin sorumluluğu gibi esaslar uyarınca özel hukuka göre sorumlu tutulacağı hususlar yanında, görevleriyle ilgili işlem ve eylemlerden doğan sorumlulukları da olacaktır. Bu ikinci kategori sorumluluk, kamu hukukunun -idare hukukunun- genel hükümlerine göre belirlenir. Gerçekten, Anayasa, bakanları da içeren, “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlarından doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla... ancak idare aleyhine açılabilir” diyen hükmüyle, konuya açıklık getirmiştir. Şu halde, böyle bir ihtimalde bakanın (ve başbakanın) ikinci aşamada bir hukuki sorumluluğu olacaktır. Rücu konusunun, halen görevde olması durumunda, kendi teşkilatı tarafından bir bakan ve hatta başbakana karşı nasıl işletileceği hukuktan çok bir idare bilimi sorunudur. Ancak, rücu işletmek zorunda olanların Sayıştay önünde sorumlu olabilecekleri de unutulmamalıdır. Rücu davası açılma zorunluluğu olursa bunun mercii adli yargıdır.

Buna karşılık, daha önce belirtildiği gibi İdari Yargılama Usulü Kanununa göre bir yargı kararını kasten yerine getirmeyen kamu görevlisi -incelediğimiz örnekte bir bakan- hakkında, ilgili, doğrudan doğruya adli yargıda da tazminat davası açılabilir (İ.Y.U.K. m.28).

Uygulama da, yukarıdaki paragraflarda kısaca açıkladığımız yönde gelişmektedir.

(10) Bkz. E. ÖZBUDUN A.g.e. s.297.

### 3- Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu

Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler yargı denetimi dışındadır (m.125/2). Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz (m.105/2). Bu Anayasa hükümleri karşısında, birkaç sonuca varmak mümkündür.

Cumhurbaşkanının, ilgili bakan ve başbakan tarafından imzalanmayan işlemlerinden dolayı, imzası olmayanlar sorumlu tutulamayacağına göre

-Cumhurbaşkanı da sorumsuz kabul edilince- kim sorumlu olacaktır? Bu sorunun cevabı, aşağıdaki tespitlere bağlıdır.

Buradaki sorumsuzluğun kapsamı nedir? Hukuki mi? Cezai mi? Anayasanın çeşitli hükümlerinden (m.105/3; m.148/3 gibi) anlaşıldığına göre, Cumhurbaşkanının tek başına veya re'sen yaptığı işlemler yargı denetimi dışındadır. Bu tür bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaştığını ileri sürmek zordur. Özellikle de, Anayasanın "...diğer kanunlarla başbakanın ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemler" kategorisine izin vermesi (yani konuyu sadece Anayasa'nın öngördükleri ile sınırlı tutmaması) durumu daha da ağırlaştırmaktadır. Gerçi, Cumhurbaşkanının, Devlet Başkanı sıfatıyla yaptığı işlemlerin, nitelikleri gereği, içerdikleri unsurlar, takdir ve tercihler dolayısıyla esasen yargı denetimine uygun olmadıkları ileri sürülebilir. Ancak, bunun için de, kanaatimce, bağımsız yargıya ve onun içtihadına güvenmek gerekir. Aksi halde, Milletlerarası Sözleşmelerden ve Anayasanın hukuk devleti ilkesinin ve bunun araçlarından biri olan hak arama hürriyetinin kabulünden söz edilmez (11). Ne var ki, bugünkü gerçek, sözkonusu işlemlere karşı yargı yoluna gidilememesidir. Bu düzenleme yeterince açık mıdır? Açıkça yapılacak (Anayasa değişikliği dışında) bir şey yok, ama değilse, milletlerarası hukukun ve Anayasanın hükümleri ve felsefesi doğrultusunda bir yorum mümkün olacaktır.

(11) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.13: "Etkin bir Yargı Yoluna başvurabilme Hakkı"; T.C. Anayasası m.36 : "Hak Arama Hürriyeti".

Hemen şunu belirtmek gerekir : Cumhurbaşkanı tarafından “re’sen imzalanın kararlar ve emirler aleyhine” ve “tek başına yapacağı işlemler yargı denetimi dışındadır” ibareleri, bu karar, emir ve işlemlerin iptallerinin istenemeyeceğini, yargı denetimine tâbi tutulamayacağını göstermekle birlikte, sözkonusu karar, emir ve işlemlerin uygulanmasından doğabilecek zararların da hiç bir şekilde ödenmeyeceğini ifade etmemektedir. Hatta aksine, “kararlar ve emirler aleyhine”, “işlemler yargı denetimi dışındadır” denilerek, kapatılan yargı yolu iptal davası ile sınırlı tutulmuştur. Bindiği üzere, hak sahibi olduklarını iddia edenler, zararlarına yol açan işlemlerden dolayı -bu işlemlerin iptali sözkonusu olmasa da- tazminat talep edebilirler (İ.Y.U.K. m.12) Bu talep, işlem yapanlara değil, ilgili idareye -Cumhurbaşkanı örneğinde Devlet’e- yönelik olacaktır. Ancak, Cumhurbaşkanı sorumsuz olduğu için, kendisine rücu ihtimali bulunmamaktadır. Esasen, burada görev dolayısıyla alınan kararlar, verilen emirler ve yapılan işlemler sözkonusudur. Böyle bir yorum ve çözüm uygulamaya konulduğunda, davalı taraf, Cumhurbaşkanlığı değil, Devleti temsilen ilgili bakanlık olacaktır.

Buradaki yorum ve çözüm önerisi, Anayasanın, idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması (m.125) kuralının bir sonucudur. Anayasanın bu hükmü başlıca şu iki ihtimali öngörüyor : idarenin işlemlerinin yargısal (adli, idari ayırımı yapılmaksızın) denetimi; idarenin işlem ve eylemlerinden doğabilecek zararların ödenmesi (m.125/1 ve son fıkrası). Cumhurbaşkanı işlemlerinin de “idare” kapsamında bulunabileceği veya daha açık bir ifadeyle, bir kısım Cumhurbaşkanlığı işlemlerinin idare işlevi kapsamında olduğu sözkonusu maddenin ikinci fıkrasından anlaşılmaktadır. Gerçekten de, eğer böyle kabul edilmese idi, bu maddede Cumhurbaşkanı (ve Yüksek Askeri Şura) için bir istisna hükmü sevketmeye gerek duyulmazdı! Şu halde, bu tür bir işlemde veya uygulanmasından dolayı zarara uğradığını iddia eden kimse, Devletin sorumluluğunu -ilgili bakanlığı hasım göstererek- yargı önüne götürebilecektir. Ancak bu durum, tekrar edelim, Cumhurbaşkanının görevi dolayısıyla şahsen hukuki sorumluluğu bulunduğunu göstermemektedir (12).

(12) 1982 Anayasasının Geçici 15.maddesinde, daha açık bir koruma hükmü vardır : “...her türlü karar ve tasarruflarından dolayı haklarında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez”.

Cumhurbaşkanının tek başına imzaladığı işlemlerin siyasi sorumlusu var mıdır? Denilebilir ki, Hükümet, imzasının bulunmadığı işlemlerden dolayı, genel siyaseti ve uygulamaları itibariyle zor durumda kalırsa, bunun bedelini, istifa etmek zorunda kalma; düşürülme, kamuoyu desteğinin kaybı ve seçim şansının azalması gibi sonuçlara katlanmak suretiyle öder. Aynı şekilde, Cumhurbaşkanı da, neden olabileceği hükümet bunalımları, şikayetler ve eleştiriler karşısında kendi durumunu sorgulamak zorunda kalabilir. Bunun dışında, mevcut anayasal şartlar dikkate alındığında Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğu yoktur, sonucuna varılabilir. Çünkü, Cumhurbaşkanı uzun bir süre için ve bir defaya mahsus olmak üzere seçilmektedir; vatana ihanet suçlaması dışında, hiç bir organ, kendisinin görevine son verme yetkisine sahip değildir. Üstelik bu suçlamanın yapılabilmesi ve T.B.M.M.den bir kararın çıkabilmesi, gerçekleşmesi güç şartlara bağlanmıştır. Ancak, bu konu hemen aşağıda incelenirken, sonuçta siyasi sorumluluğu tekrar akla getirecek bazı olasılıkların da bulunduğu görülecektir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu (13) vatana ihanet suçlaması ile sınırlandırılmıştır. Vatana ihanetin anlamı ve içeriği açık değildir. Yürürlükteki hükümler de genel bir tanım verememektedir. Genellikle benimsendiği anlaşılan görüşe göre, Türk vatanının bütünlüğüne ve Devletin Anayasa ile kurulu rejimine karşı işlenen suçların bütünü, vatana ihanet tâbiri ile ifade edilmektedir (14).

---

Bu konuda ayrıca bkz. E.ÖZBUDUN, A.g.e. s.289. Müellif, Cumhurbaşkanının idari nitelikteki işlemlerinin ancak başbakan ve ilgili bakanla birlikte yapılabileceği görüşündedir. Bu görüş uygulanabilirse, yargısal denetim -iptal davası bakımında da mümkün olur.

- (13) Burada, Cumhurbaşkanının görev dışındaki suçlardan sorumluluğu konusuna girilmemiştir. Bu hususta, bkz. DÖNMEZER-ERMAN, A.g.e. s.261-264. Müellifler, konuyu mukayeseli olarak incelemiş ve "yorum prensiplerine ve demokratik hukuk (Devleti) ilkelerine daha uygun olan şu sonuca varmışlardır: Cumhurbaşkanı görev dışı, özlük suçları bakımından bütün diğer vatandaşlar gibi sorumludur. "1924 Anayasası (m.41) bu tür suçlar sözkonusu olduğunda milletvekillerinin tâbi olduğu rejime (m.17) yollama yapıyordu". E.TEZİÇ ise Cumhurbaşkanının şahsi suçlardan sorumlu olmadığı görüşündedir (A.g.e. s.402).
- (14) DÖNMEZER-ERMAN, A.g.e. s.259. Müellifler, DUVERGER'nin de, "vatana ihanet Cumhurbaşkanının başkanlık görevlerini esaslı şekilde ihlâl eden fiil ve hareketleri-

Görüldüğü üzere, Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili olarak vatana ihanet dışında bir suçtan yargılanamaz. Ancak, vatana ihanetin içeriği oldukça geniş, hatta yeterince belirgin değildir. T.B.M.M. -uygulamada karşılaşılmaması ihtimali çok zayıf da olsa, kuramsal olarak- Cumhurbaşkanı vatana ihanet ile suçlayabilir. Vatana ihanetin hangi işlem veya eylemlerden dolayı kabul edildiğini Meclis takdir edecektir. Suçlama Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi önüne gittiği zaman Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanı'na isnad olunan fiilin suç olup olmadığını ve Cumhurbaşkanı'nın bundan sorumlu bulunup bulunmadığını serbestçe takdir edebilir. Ancak, isnad olunan fiilin vatana ihanet sayılmayacağına karar veremez (15).

Cumhurbaşkanı'nın bu şekilde sınırlanan cezai sorumluluğu (belki, daha doğru ifadeyle, sorumsuzluğunun tek istisnası) karşısında, tekrar edelim, kurumsal da olsa önemli sorun, Yüce Divan'a sevk sonucunu doğuran suçlama üzerine doğacak hukuki duruma ilişkindir. Burada, iç içe iki soru cevaplandırılmalıdır : Yüce Divan'a sevk halinde, Cumhurbaşkanı görevden ayrılmış ya da Cumhurbaşkanlığı sıfatı sona ermiş sayılacak mı? Bakanların sorumluluğu konusunda açık hüküm var fakat Cumhurbaşkanı için bu öngörülmemiş! Türk öğretisinde, suçlamanın hem T.B.M.M. tarafından, üstelik en az dörtte üç gibi bir yetersayı ile yapılması, hem de isnad olunan fiilin önemi karşısında, bir ölçüde bakanlarla ilgili hükümlere göndermede de bulunularak soruya "evet!" cevabı verilmektedir (16). Genel kanaat, böyle bir durumda Cumhurbaşkanı'nın "düşeceği" yolundadır.

---

dir; bu bir siyasi suçtur... vatana ihanet müessesesi Parlamente'ye Anayasanın verdiği bir silâhtir ve Cumhurbaşkanı'nın Anayasa sınırı dışına çıkması halinde kullanılır şeklinde kavramı genişletici bir tanım verdiği'ne işaret ediyorlar.

- (15) Bütün bu açıklama ve tespitler için bkz. DÖNMEZER-ERMAN, A.g.e. s.260.  
(16) TEZİÇ, A.g.e. s.403. Müellif, "böyle bir durumda Cumhurbaşkanı'nın göreve devam etmesi düşünülemez" diyor. ÖZBUDUN, A.g.e. s.291. Müellif, T.B.M.M.'nin daha büyük bir çoğunlukla ve çok daha ağır bir suçla suçlanan Cumhurbaşkanı'nın görevine devam edebileceğini düşünmek güçtür sonucuna, durumu bakanlarla karşılaştırarak varıyor. DÖNMEZER-ERMAN, A.g.e. s.260. Müellifler, "böyle bir durumda Cumhurbaşkanlığı makamında boşalma vuku bulduğu kabul edilmek..." gerekir, görüşünü benimsiyorlar.



Burada, Cumhurbaşkanının vatana ihanetle suçlandırılması, kendiliğinden, T.B.M.M.'nin Yüce Divan'a sevk kararı almasıyla birlikte Cumhurbaşkanının görevinin son bulması sonucunu yaratacak ve bu sonuca yol açan suçlamanın da T.B.M.M. nin geniş takdirine bırakıldığı (en azından böyle iddia edildiği) hatırlanacak olursa, öncelikle bir siyasi sorumluluğun sözkonusu edildiği anlaşılır. Çünkü, artık, Yüce Divan'a sevkedilen Cumhurbaşkanı, sırf bu nedenle -araya Yüce Divan'ın bir kararı girmeksizin, üstelik sonunda Yüce Divan beraate de hükmetse- makamı boşaltmış sayılacaktır.

Yüce Divan'a sevk öncesindeki meclis işlemleri de, siyasi sorumluluğu akla getirebilir. Zira Anayasada yer almasa da, T.B.M.M İçtüzüğü (m.114), Cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlandırılmasını isteyen önerenin derhal T.B.M.M.nin bilgisine sunulacağını; durumun Cumhurbaşkanına bildirileceğini; meclis görüşmesinde Cumhurbaşkanının dinleneceğini; Cumhurbaşkanının isterse savunmasını yazılı olarak gönderebileceğini öngörmektedir. Demek ki, Cumhurbaşkanı hakkında T.B.M.M. üyelerinin en az üçte birinin vereceği bir önerge ile bu yol açılabilecektir. İçtüzük, Meclisin önergeyi daha baştan engellemesi yolunu düşünmemiş; aksine, bu önerenin yedi gün sonraki -Cumhurbaşkanına arada bildirimde de bulunarak- birleşime alınması zorunluğunu getirmiştir. Bu, sözkonusu üçte bir oranı açısından ilginç bir siyasi sorumluluk sürecini başlatabilme olanağı demektir.

İçtüzük, T.B.M.M'nin Cumhurbaşkanını Yüce Divan'a sevk kararında, hangi ceza hükmüne dayanıldığıının ve Cumhurbaşkanınca işlendiği ileri sürülen suçun hangi gerekçeyle vatana ihanet sayılması gerektiğinin belirtilmesini aramaktadır (m.114/son). Bu düzenleme, T.B.M.M. nin İçtüzük ile kendisini, vatana ihanet suçlaması konusunda sınırladığını, hangi ceza hükmüne dayanıldığıının belirtilmesini istemek ve gerekçe aramak suretiyle de zannedilebileceği kadar takdir yetkisine sahip bulunmadığını göstermektedir. Böyle bir düzenleme karşısında, Yüce Divan'ın gerekçeyi de, bu gerekçe ile dayanan ceza hükmü arasındaki uygunluğu da değerlendireceği söylenebilir. Öyle anlaşılıyor ki, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluğu, siyasi sorumsuzluğunun da bir sınırı bulunabileceğinin kanı-

tıdır. Özellikle de, sırf Yüce Divan'a sevk kararının Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasına yol açtığı kabul edilirse!

Kanaatimce, Cumhurbaşkanının, gerçekleşme ihtimali çok az da olsa, vatana ihanet ile suçlanmasından önce, yine T.B.M.M.nin kararıyla, tarafsızlığa ve Anayasa'ya aykırı tutum ve davranışları nedeniyle görevden alınabilmesi hükmü getirilmelidir. Görevden alma kararının, Cumhurbaşkanı seçilmek için başlangıçta aranan "üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile" ve "gizli oyla" verilmesi şartı konulmalıdır. Böyle bir yolun parlamenter sisteme daha uygun olacağı söylenebilir.

Cumhurbaşkanının cezai sorumsuzluğu, göreve ilişkin işler bakımından, görevin bitmesinden sonra da devam eder mi? Buna, ilke olarak "evet!" denmelidir. Çünkü; bir Cumhurbaşkanı, görev süresi sona erdikten sonra, yine göreviyle ilgili (hatta bir fikre göre görev dışı şahsi suç teşkil eden) suçlamalarla karşı karşıya kalabilirse, bu sorumsuzluğun bir anlamı ve koruyuculuğu kalmaz. Üstelik, böyle bir uygulama eski Cumhurbaşkanının saygınlığı ile de bağdaşmaz. Anayasa'da, bu duruma ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ama, T.B.M.M. İçtüzüğü (m.114/1), "görevden ayrılmış olan" Cumhurbaşkanının da vatana ihanetten dolayı suçlandırılmasını öngörmekle, bir ölçüde konuya açıklık getirmiştir. Demek ki, görevden ayrılmış da olsa, bir Cumhurbaşkanı, cumhurbaşkanlığı dönemindeki

-gerçekleşmesi çok az ihtimal dahilinde olan- görev suçlarından sorumlu tutulamayacaktır. Vatana ihanet önergesi ve usulündeki koşutluk, görevdeki ve görevi sona ermiş Cumhurbaşkanları arasında bu bakımdan bir ayırım yapılmadığını göstermektedir. Aksi halde, "Vatana İhanet" suçlaması konusunda görevi sona ermiş Cumhurbaşkanının ayrıca belirtilmesinin anlamı olmaz.

Burada, akla gelebilecek bir sorun da şu olabilir: Anayasanın sadece görevdeki Cumhurbaşkanları için öngördüğü bir istisna hükmü, İçtüzük ile genişletilebilir mi? Böyle ise, sözkonusu İçtüzük hükmü Anayasa'ya aykırı düşer mi? Kanaatimce, bu soruların cevabı, ilkede hayır, somut örnekte evet, olmalıdır. İlkede hayır, çünkü, İçtüzük Anayasadaki bir istisnayı, eşitliğe farklı bakan bir ayrıcalığı genişletemez! Yoksa Anayasaya aykırı

düŒer! Somut olay ve örnekte ise durum deęiŒiktir : Görevi sona eren Cumhurbaşkanı hakkında, görev sırasındaki her türlü görev bağlantılı fiil için suçlama yapılacak ise, bugün görevde olan Cumhurbaşkanı da ilerde suçlanabilecek demektir. Yukarıda da iŒaret edildiği gibi, bu takdirde bugünkü korumanın da güvenilirliği ve anlamı kalmaz.

## SONUÇ

Siyasal yaŒam, deneyimlerden, alınan derslerden etkilenmekte, bu gelişim hukuka da yansımaktadır. Bu yaŒamın, sadece parlamento da, sadece iktidar-muhalefet parti ve kadroları arasında sıkıŒıp kaldığı söylenemez. Artık, bütün ülke insanları, hatta ulusalüstü örgütler, iletiŒim ağları, basın, yayın kuruluşları, parlamento gibi siyasal tartıŒma, eleŒtiri, yol gösterme ve denetleme iŒlevi görebilmektedir. Milletvekili sorumsuzluğu -düşünce ve ifade hürriyetinin olabildiğince geniŒ tutulması suretiyle- adeta, bütün bireylere ve onların topluluklarına yansımaktadır.

Her Œeyin büyük ölçüde saydamlaŒtıęı gelişmiş teknoloji toplumlarında, seçenler-seçilmişler arasındaki iŒlev farklılığından doğan eŒitsizliklerin açıklanabilirliği giderek zayıflamakta; temiz toplumu ve saydamlığı tehlikeye düşürecek koruyucu ayrıcalıklar ciddi Œekilde sorgulanmaktadır.

BaŒta da belirttiğim gibi, bu temelden hareket ederek önerdiğim bazı çözümler ve düzenlemeler, tamamen bir tartıŒma ortamı yaratma amacına yöneliktir ve bundan baŒka bir iddia da taŒımamaktadır. Bu tartıŒma ortamından çıkabilecek sonuçlar geleceğin anayasal düzenlemelerine ışık tutabilir.

## Oturum BaŒkanı

---

Sayın Yayla hocamıza biz de teŒekkür ediyoruz.

Sayın Alacakaptan'ın ve benim dokunulmazlıklarımıza Parlamento dokunmadı, ama Kenan PaŒa dokundu. Œimdi sözü Sayın Alacakaptan'a veriyorum.

## Prof. Dr. Uğur Alacakaptan

Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Başkanı, Anayasa Mahkememizin Değerli Başkanı, yüksek mahkemelerimizin başkanları, üyeleri, öğretim üyesi arkadaşlarım, her yaştaki genç hukukçu meslektaşlarım; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Ben, Yıldızhan Yayla'nın bıraktığı yerden başlamak istiyorum; yani milletvekilinden Cumhurbaşkanına doğru değil de, Cumhurbaşkanından milletvekiline doğru gideceğim. Ancak, her şeyden evvel bir tespit yapmak istiyorum: Bugün üzerinde durmaya başladığımız dokunulmazlık, sorumsuzluk gibi konular, Türk Ceza Kanununun 3. Maddesinde yer alan "Türkiye'de suç işleyen kişiler, Türk kanunlarına göre cezalandırılır" hükmünün geçici veya sürekli istisnasıdır. Bu istisnalar, ancak kamusal yarar veya siyasal gerekler nedeniyle anayasalarda hükme bağlanmış olan istisnalardır. Bu bakımdan bir yandan yasanın uygulanması zorunluluğu, bir yandan bu istisnaların ancak kamusal yararın bulunması halinde mana taşıyabileceğini, hükümleri yorumlarken ve önerilerde bulunurken unutmamak gerekmektedir.

Bizde Cumhurbaşkanının sorumluluğu meselesi, üç Anayasamızda, özellikle birincisinde oldukça ilginç bir şekilde, sonradan gelenlerede giderek farklılaşmak suretiyle hükme bağlanmıştır.

İlk Anayasamız, belki halkın orduyla birlikte yapmış olduğu bir kurtuluş ve bağımsızlık savaşı sonunda; yani kısmen halkın da katıldığı bir hareketin sonunda kurulmuş Cumhuriyet Meclisi tarafından yapılan bir Anayasa olduğu için, halka bir ölçüde mal edilebilir. Ancak, gerek 1961 Anayasası, gerek 82 Anayasası, gerek onun hazırlayıcısı olan 72 değişiklikleri, asla halk iradesinin serbest bir şekilde ve demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine uygun bir tarzda temsil edildiği yasama organlarının ürünü olmuş değildir. Fakat kanunun ilginç yanı, anayasalarla Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunun yazılı olduğu dönemdekinden önceki

dönemdeki Anayasa, Cumhurbaşkanının sorumluluğu ya da sorumsuzluğu açısından hukuka daha yatkın hükümler içermekte oluşudur.

1924 Anayasamız, "Hiyaneti Vataniye halinde Cumhurbaşkanı Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı sorumludur" demiştir ve "Kişisel suçlarından dolayı da tıpkı milletvekilleri gibi sorumlu tutulur" diye hukuka son derece uygun bir hüküm getirilmiştir. Sonraki anayasalarda bu tutumun değiştiğini görüyoruz. Belki kişisel sorumluluğu açısından, kişisel suçlardaki sorumluluğu açısından Cumhurbaşkanının bir milletvekiline yapılan muameleye tabi tutulacağı hükmü konulamazdı. Çünkü gerek 61, gerek 82 Anayasasında yer alan hükümlere göre, Cumhurbaşkanlığına seçilen kimse, seçilmeden önce yasama üyesi olsa bile, bulunduğu meclisle derhal ilişkisi kesiliyor; yani Yasama Meclisi üyeliği sıfatını terk etmiş oluyordu. Dolayısıyla ister halk tarafından seçilmiş, halkın arasından gelmiş, ister Parlamentodan gelmiş bir aday olarak katıldığı seçimi kazanmış Cumhurbaşkanı olsun; artık Cumhurbaşkanı olduktan sonra milletvekili sıfatını taşımayan bir kimseyle karşı karşıyayız. Ancak, bunun tartışmasına geçmeden önce, son iki anayasada ve belki de nüve olarak 1924 Anayasasında yer alan "ihneti vataniye" veyahut "hiyaneti vataniye" kavramı üzerinde durmak istiyorum.

Türk ceza hukukunun, çağdaş bütün demokratik hukuk devletlerinin ceza hukukunda olduğu gibi, temel ilkesi, suçların yasallığı ilkesidir. Bu ilke, Türkiye'nin altına imza attığı ve hatta bir ölçüde Türk hukuk organlarının işlemlerini denetim imkânını da ele geçiren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kurduğu yargılama mercilerini de denetimine bağlı olduğu bir şekilde bir nevi ulusalüstü bir kural olan yasallık ilkesi, Cumhurbaşkanının ihneti vataniye halinde suçlanmasında işlememektedir. Çünkü yasalarımızda ihneti vataniye diye bir suç yoktur, hiyaneti vataniye kavramı da herhangi bir şekilde tanıma bağlanmış değildir. Evet, vaktiyle bu tanıma yapan birtakım kanunlar vardı; ama artık bu kanunlardan hiçbiri yürürlükte değil. Dolayısıyla hiyaneti vataniye kavramını ancak doktriner bazda tartışabiliriz. Gerçi denilmiştir ki, "Cumhurbaşkanının böyle bir suç işlemesi belki olsa doktriner bazda tartışılabilir; pek varit bir ihtimal değildir." Öyle demeyiniz; hukuka aykırı yollardan da olsa, bir Cumhurbaşkanı 1960'tan sonra yargılandı. İşlediği iddia edilen ve mahkûm oldu-

ğu suç da, eğer bir hıyaneti vataniye kavramını kabul edeceksek, o kavramın içine girebilen bir suçtu. Bu itibarla, pekâla bu suç işlenebilir veyahut haini vatan sayabileceğimiz bir Cumhurbaşkanıyla karşı karşıya olabiliriz; ama kimi ne zaman haini vatan sayabileceğimizi bilmemiz gerekiyor.

Bir kimsenin Cumhurbaşkanı seçilmiş olması, çok önemli bir mevkiye gelmiş olması, eşi ve paraleli bir başka makamın olmayan bir görev makamını işgal etmiş olması, Türkiye Cumhuriyetinin devleti ve milletiyle bütünlüğünü temsil eder olması; yasama organı dışında, yürütme organı içinde, fakat ondan farklı bir konumda bulunması, onun daha az hukuk garantisinden istifade etmesi gerektiği gibi saçma ve olumsuz bir sonuca bizi götürmemelidir. Görevde yücelme, haklarda bir kısıtlama, azalma sonucunu doğurmamalıdır. Dolayısıyla neyin vatana ihanet olduğunu herhalde bilmemiz lazımdır.

Bakınız, belli bir sayıyı tutturmak şartıyla Cumhurbaşkanı'nın Yüce Divana sevkine karar veriyoruz. Nasıl veriyor bu karar? Bunun, Anayasada yok ama Meclis iç tüzüğünde var; orada hangi ceza hükmünün uygulanacağı'nın belirtilmesi zorunluluğundan bahsediliyor. Oysa bu karar, adına ne dersiniz deyiniz, bir son tahkikatın açılması kararıdır. Son tahkikatın açılması kararının da hangi unsurları ihtiva edeceği, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzun 163. Maddesinde gösterilmiştir; hem suça uygulanacak kanun maddesi, hem de suçun sübut delilleri gösterilecektir. "Cumhurbaşkanıysan biz bunları göstermeyiz, sana uygulanacak hükmü gösteririz." Peki uygulanacak bir hükmü, diyelim ki uygulanması gereken kanun maddesi şeklinde anlamak bir an için mümkün olsa bile, o zaman niçin hıyaneti vataniye diye suç yaratmıyoruz, niçin nelerin hıyaneti vataniye suçu sayılacağını göstermiyoruz, niçin bunu siyasi bir merci olan Büyük Millet Meclisinin siyasi eğilimlerinden etkilenmesi çok kuvvetli, olası birtakım takdirlerine bırakmak gibi bir ihtiyaca kendimizi kaptırıyoruz? Buna hukuken verilebilecek bir cevap yoktur. Bu itibarla, Cumhurbaşkanı'nı hıyaneti vataniye halinde olabilir; ama herhalde hıyaneti vataniyenin ne olduğunun açık bir şekilde, daha doğrusu hangi suçların vatan hainliği sayılacağı hususunun Anayasamızda çok açık bir şekilde gösterilmesi gerekmektedir. Ben, bir Cumhurbaşkanı'nın bir vatandaştan farklı olmadığına inanıyorum. Sorumlulukları açısından olabilir, fakat tâbi olacağı

hukuk kuralları açısından aralarında bir fark olmamalıdır. Dolayısıyla eğer ileride bir Anayasa değişikliği söz konusu olursa, (-bunu çok büyük bir şüpheyle söylüyorum tabii; çünkü özellikle bu konuda yapacağımız ve yapılan önerileri parlamenterlerin pek sıcak karşılayabilecekleri kanaatinde değilim-) bunun mutlaka bu şekilde ele alınması gerekir diye düşünüyorum.

Bir başka sıkıntımız daha var: Cumhurbaşkanı, göreviyle ilgili suçlardan, vatana ihanet hali hariç, asla sorumlu değil. Bunun hukuk devletiyle bağdaşmaz bir şey olduğunu değerli arkadaşım çok güzel bir şekilde ifade ettiler. Ben, biraz da somut örnekler vermek istiyorum: Cumhurbaşkanının tek başına aldığı kararlar ve verdiği emirler, (emirlerin ne olduğunu bilemiyorum, bir bilene soracağım; öyle bir ifade var, Cumhurbaşkanı emirler verebiliyor ama, ben bilmiyorum, hakikaten bir bilene sormak istiyorum-) bunlara karşı Anayasa Mahkemesi dahil, hiçbir merciye başvurulamaz. Açıyorsunuz Cumhurbaşkanının görevlerini. Tek başına yapacağı görevleri, şu boydaki bir kitapta 3 sahife falan tutuyor. Cumhurbaşkanı, Başsavcıyı atayacak; yanımızda yeni Başsavcımız var, görevinde başarılı olmasını yürekte diliyorum ve olacağından da eminim, bunu burada ifade etmekten büyük bir kıvanç duyuyorum. Cumhurbaşkanı, Başsavcıyı üç aday arasından seçiyor galiba. Ya bu adaylar arasında olmayan birini seçerse ne olacak ya da Cumhurbaşkanı birtakım yüksek mahkeme üyelerini bazen resen, bazen önüne getirilen adaylar arasından seçiyor; ya o önüne getirilmeyen adaylar, daha doğrusu aday olmayan kişiler arasında seçim yaparsa ne olacak?

Cumhurbaşkanı, bazı hallerde Büyük Millet Meclisini feshetmek ve seçime gitmek zorundadır; gitmezse ne olacak? Önüne gönderilen kanunu imzalamazsa ne olacak? Bunlara karşı hiçbir hukuk yolunuz yoksa, siz hukuku arkanıza atmışınız demektir. Hem Anayasada ya da hukuk sisteminde "sorumlu olmayana yetki verilmez" diyorsunuz, hem de sorumlu olmayan bir kimseye yetkilerin en fazlasını veriyorsunuz. Şu halde Cumhurbaşkanı göreviyle ilgili suçlardan dolayı sorumlu mudur, değil midir sorusunu, şüphesiz hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde cevaplamamız gerekecektir. Fakat, herşeyden önce Cumhurbaşkanının konumunun ne olacağını saptamamız lazımdır. Cumhurbaşkanı astığı astık, kestiği kes-

tik biri mi olacaktır? Cumhurbaşkanı, acaba bir orgeneral üniforması içinde düşünüldüğü için bu kadar geniş yetkilere sahip mi olacaktır? Yoksa Cumhurbaşkanı sivil bir şahıstır ve sivil bir Cumhurbaşkanı'nın sahip olması gereken yetkiler yahut görevler manzumesiyle iktifa etmek zorunda mı kalacaktır? Böyle baktığımızda, yani Anayasa hükmünü incelediğimizde; Türkiye'de Cumhurbaşkanıyla İngiltere kraliçesi arasında hiçbir fark kalmıyor. Çünkü özel suçlarından dolayı sorumlu olacağı konusu da hükme bağlanmış değil Anayasada. İngiltere'de biliyorsunuz, artık herkes biliyor; "Kral veya kraliçe, asla kötü bir fiil işlemez." Hatta bunun şakası da vardır; eğer İngiliz kraliçesi bakanlardan birini öldürürse Başbakan sorumludur, Başbakanı öldürürse kimse sorumlu değildir. Çünkü sorumlu olacak kimseyi de ortadan yok etmiştir. Bizde de aşağı yukarı bu noktaya varıyoruz; Cumhurbaşkanı hakikaten birini öldürürse ne olacak? Evet, "sorumlu olmaz" diye bir kural yok; şu halde genel kural uygulanacaktır, yani sorumlu olacaktır. Peki nasıl sorumlu olacaktır, mahkeme önüne nasıl götürülecektir? Hangi mahkemede yargılanacaktır; Ankara Ağır Ceza Mahkemesinde mi, yoksa Anayasa Mahkemesinde mi, yoksa Devlet Güvenlik Mahkemesinde mi? Gözaltına alınıp götürülecek midir; boynundan itirilip arabanın içine sokularak, ne yapılacaktır? Dokunulmazlık diye bir şey olmadığına göre, kalkamayacağına göre, Cumhurbaşkanı'na nasıl dokunacağız? Görüyorsunuz ki çok değişik birtakım, ama önemli, belki sanal bir alemin ürünü gibi görülebilecek hukuki sorunlarla karşı karşıyayız. Dolayısıyla yapılacak bir Anayasa değişikliğinde, bütün bu soruların cevabının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde Anayasal hükümlerde gösterilmesi gerekmektedir.

Şunu da ifade edeyim: Cumhurbaşkanı'nın sadece vatana ihanet halinde değil, göreviyle ilgili suçlarından dolayı da sorumlu olması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü Cumhurbaşkanı, hemen altında yer alan, ama aslında devleti asıl idare eden, hükümetin başı olan Başbakan, onun bütün bakanları, yardımcıları, görevleriyle ilgili suçlardan dolayı sorumlu olabiliyorlarsa, Cumhurbaşkanı da sorumlu olmalıdır.

Değerli arkadaşım, bir önemli soruyu da çok isabetli bir şekilde belirtti; Meclis tarafından Anayasa Mahkemesine sevk edilen Cumhurbaşkanı görevinde kalacak mı? Çok ilginç; Anayasamız, Yüce Divana göreviyle ilgili



suçtan dolayı sevk edilen Başbakanın durumunda bütün hükümetin istifa etmiş sayılacağını, bakanın da görevinin sona ereceğini hükme bağlamıştır. Cumhurbaşkanı için böyle bir söz yoktur. Bazı düşünürlerimize göre; bu, Cumhurbaşkanı'na olan saygıdan dolayıdır. Tabii bu hukuki bir cevap değildir. Eğer Cumhurbaşkanı, kendisine duyulması gereken saygıya uygun bir şekilde hareket etmemişse, bunun bir hukuki çaresinin olmasıdır. Ben, şahsen Anayasaya otomatik bir boşalma hükmü konulabileceği gibi, isterse sevk kararını veren Büyük Millet Meclisinin görevden alınmasına da karar vermesi düşüncesindeyim. Şüphesiz böyle bir ağır suçlamayla Yüce Divana sevk edilmiş olan Cumhurbaşkanı, görevinde kalıp muameleleri yaparsa, bu çok garip olacaktır. Biz, herhangi bir devlet memuru dahi vahim bir suç işlediği takdirde ya açığa alıyoruz ya işten el çektiyoruz. Dolayısıyla bu gibi hallerde sanırım bu problematiğin de cevabının mutlaka Anayasada yer alması gerekir.

Son aşamada bir başka sorun karşımıza çıkıyor; Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerini Cumhurbaşkanı atıyor. Başsavcıyı da, oranın savcılığını yapacağına göre, onu da Cumhurbaşkanı atıyor. O zaman, "Çocuklar ben geldim" deyip, ondan sonra onların karşısına bir yürek rahatlığıyla mı çıkacaktır; yoksa bu durum bizi hukukten hiç ilgilendirmeyecek midir? Kuşkusuz bunun bir rahatsızlık vereceği aşikar; ama burada da doğru dürüst hukuka uygun davranalım diyorsanız, belki eskiden olduğu gibi, -Anayasa Mahkemesinin olmadığı dönemleri kastediyorum- Yargıtay daire başkanlarıyla Danıştay daire başkanlarından oluşan ve her dava için görev yapacak geçici bir kurul öngörülebilir. Bir de öte yandan, (bunu herhangi bir şekilde yetersizlik anlamında söylemiyorum) zorunlu olarak Anayasa Mahkemesinde hukukçu olmayan üyeler de vardır, öyle olması da gerekir; Anayasa Mahkemesine verilen görev gereği, mutlaka öyle olması da lazımdır. Hukukçu olmayan üyelerin bir ceza davasında hakimlik yapmaları niçin sakıncalı olur; onu söyleyeyim: Vatandaş, böyle bir mahkemeye çıkarıldığında, kendini güven içinde hissetmediğini söyleyebilir; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin adil yargılanma hakkı hakkındaki hükümleri gündeme gelir. Dolayısıyla bu meselede de hukukçulardan oluşan ve tecrübeleri müsellemler hukukçulardan oluşan bir mahkemenin görev sahibi olması, -bu mahkeme, geçici bir mahkeme olabilir- ithamla ilgili görev yapmak suretiyle akla gelebilir. Ancak, bu konuda çok kesin bir kararım oldu-

ğunu söyleyemem; sadece aklıma gelen ve bana makul görünen bir olasılık olarak zikrediyorum. Kaldı ki bu konuda yalnız değilim; bu konuda çok değerli hukukçularımız tarafından ortaya atılmış inandırıcı gerekçeler ve tezler de mevcuttur. Cumhurbaşkanı meselesini daha fazla uzatmadan burada bırakmak istiyorum.

Bakanların sorumluluğu meselesine gelince... Efendim, bu işin kanayan bir yara olduğunu hepimiz biliyoruz. Yani bir suç işleyen bakanın, suç işlediği ayan beyan olsa, iki eli kanda yakalansa bile; yapılacak Meclis soruşturması sonunda yargılanmak üzere Yüce Divana sevk edileceğini sanmak safdilliğin en büyüklerindendir. Özellikle son yıllarda bunun tam aksini gördük. Tabii şöyle düşünmek de mümkündür; bir müessesenin suiistimal ediliyor olması, o müessesenin ortadan kaldırılması sonucunu da doğurmamalıdır. Çünkü bir noktada Meclis soruşturması, parlamenter rejimin çok etkili olabilecek bir denetim vasıtasıdır; aşağıdan yukarıya doğru, basitten mudile doğru, daha az etkiliden daha çok etkiliye doğru yükselen birtakım tedbirlerin en sonucusudur, en etkilisidir. Dolayısıyla parlamentoyu böyle bir imkândan, bazılarına göre böyle bir silahtan yoksun bırakmak, aslında parlamentoyu zayıflatmak olabilir. Ancak, eğer asıl sorun parlamentoyu zayıflatmamak ise, parlamentoyu zayıflatma işlemlerinden kaçınmanın yollarını aramak hukukçuların görevi olması gerekir diye düşünüyorum. Vatandaş, Uğur Alacakaptan olarak ben suç işlesem, savcıya güveniyoruz, onun açtığı davada beni yargılayacak olan hâkime de güveniyoruz; ama bakanların bir suç işlediği ihbarı istinadı ortaya atıldığında savcıya güvenmiyoruz, hâkime de güvenmiyoruz. Üstelik bakanlık makamı da ne kadar süreceği pek belli olmayan bir bakanlıktır; hükümetlerin görevde kalmaları süresiyle -ki o süre de belli değildir- çok sınırlı da olabilir. Bu itibarla, bu konuda hem bakanları, hem bakan olmayı düşleyen milletvekillerinin yüreğine su serpmek için diyorum ki; öyle bir suç ihbarı olduğunda, bunu Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, yardımcılılarıyla birlikte inceleyebilir ve ondan sonra eğer suçla ilgili kamu davası açılmasına yetecek kadar kanıt elde edilmişse, o suç Yargıtaya gelseydi hangi dairede yargılanacak idiyse, o dairesinde kamu davası açar.

Bu noktada, şu sıkıntı akla gelebilir: “Efendim başsavcıyı ne de olsa yürütmenin bir uzvu gibi görebiliriz, başsavcının tarafsız olması beklenemez.” Tabii bu, başsavcılık makamına yapılmış bir taan da olabilir. Ancak, ben

şahsen başsavcılığa gelme mekanizmasının da değişmesi gerektiği kanaatindeyim. Çünkü, bütün bu konuları düzenlerken, varabileceği noktaları düşünmek zorundayız. Başsavcıyı Cumhurbaşkanının atamasına gerek yoktur. Nasıl Yargıtay Başkanını Yargıtay üyeleri seçiyorsa; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı da (özellikle ileride Yüce Divanda savcılık görevi yapacaksa) kendi meslektaşları tarafından yahut Yargıtay Genel Kurulu tarafından seçilebilir. Nitekim Cumhurbaşkanına seçmesi için takdirini kullanmak üzere sunulan adaylar da bu genel kurullardan gitmektedir. Dolayısıyla savcılık makamının (bu, belki bütün kademelerde böyle olabilir) yürütmeye ilişkisinin kesilmesi lazımdır. Bakınız, İngiltere’de savcılık müessesesi yoktur; bir Başsavcı vardır. Birçok önemsiz sayılabilecek, daha doğrusu vahim olmayan suçlarla ilgili davalarda bu görevi polis yapar. Asliye veya ağır ceza gibi davalarda da kralın veya kraliçenin müşaviri unvanı kazanmış bir avukat savcı atanır. Niçin böyle yapılır? İdarenin etkisi altında kalmasın diye. Nasıl hâkim bağımsız hareket edebiliyorsa, savcı da idareden gelebilecek baskılardan yahut idarenin adamı olmak gibi birtakım tarihsel hadiselerin etkisinden kendisini kurtarsın, tam bağımsız bir itham görevi yapabilsin. Bu itibarla, yürütmenin, özellikle başsavcı atamasında bu işten elini çekmesi gerektiği kanaatindeyim.

Sorunu böyle ele aldığımız takdirde, Başsavcıdan ya da onun yardımcılarından duyulabilecek ve siyasal gücün bunları etkileyeceği gibi bir endişeden kaynaklanacak korkular da sanırım büyük ölçüde giderilmiş olacaktır. Böyle olunca, sanıyorum değerli meslektaşım Yayla’nın önerisi de belki dikkate alınmak gerekebilir. Değerli Kardeşim Profesör Yayla, gerek dokunulmazlık açısından, gerek Meclis soruşturması sırasında, Yüce Divana sevk edilmemesi kararlaştırılan bakanlar hakkında adalet yolunu açabilecek bir teminat arıyor kendisi; bakanlar hakkında aradığı teminat, meseleyi Danıştayın belli bir bölümüne göndermek... Tabii bunun önemli bir sakıncası var; bir ceza davasına müncere olabilecek bir soruşturmada, ceza soruşturmasına tamamen yabancı, sisteme tamamen yabancı bir başka organı işin içine sokmak bu sisteme çok ters düşer, doğru olmaz. Ama eğer başsavcılık bu işi yaparsa ve başsavcılık makamı da birtakım arındırma- larla o noktaya gelinebilen bir makam haline gelirse; sanırım ne Meclisin gereksiz sevk etmeme kararları gibi bir duruma karşı karşıya kalacağız, ne de o kimseler suçlu oldukları halde suçsuz, suçsuz oldukları halde suç-

lu muamelesi görecek. Çünkü bunun tersini de görüyoruz; Yüce Divana sevk edilip beraat eden çok insan var. Çünkü o kararların arkasında bazen siyasi mülahazalar da yatmaktadır.

Tabii şunu unutmamak lazımdır ki; bir Meclis soruşturması sonunda bakanın Yüce Divana sevk kararı, dokunulmazlığının kaldırıldığı anlamına gelmez, sadece o dava açısından dokunulmazlığı artık söz konusu edilmeyecektir. Eğer bir başka suç ortaya çıkacak olursa; bu karar, o suçu da kapsayacak bir karar olarak düşünülmemek gerekecektir.

Böylelikle sözü milletvekili dokunulmazlığına getirmiş oluyorum. Milletvekili dokunulmazlığının, hukuk devletinin pek yerleşmediği dönemden gelen bir tarihçesi var. Biliyorsunuz, bu iş ilk defa İngiltere’de krallık müessesesi varken ortaya çıktı ve evvela halkın seçtiği kişilerin krala ve onun adamlarına karşı korunması, hatta evlerinden parlamentoya, parlamentodan evlerine rahatça gidip gelebilmeleri gibi bir endişenin ortadan kalkması amacına yönelikti. Sonra, İngiltere’den kaynaklanan ve dünyaya yayılan, özellikle kıta Avrupası’na da yansıyan çeşitli kurumlarda olduğu gibi, burada da şekil değiştirmeler oldu ve bizdeki şekle benzeyen birtakım düzenlemeler başka devletlerde de mevcut. Bizde nasıl? Bizde nasıl olduğunu hepimiz biliyoruz: Dokunulmaz, milletvekiline dokunursanız elinizi yakar. Hakikaten bu kadar dokunulmaz olmaları gerekir mi? Sevgili Yıldızhan Yayla, artık eğilimin bu dokunulmazlığın sınırlandırılması yolunda olduğunu, hatta başka mülahazalarda bizim Anayasamızda bile birtakım sınırlamalar olduğunu ortaya koydu; ama onları da ayrıca ele alacağım.

Neden dolayı sorumsuzlar evvela? Meclisteki sözlerinden, oylarından, daha doğrusu Meclis çalışmalarındaki sözlerinden, oylarından ve Meclisteki düşüncelerinden... Neden bu ayırım yapılmış, anlamak mümkün değil. Ancak, diyelim ki iyimser bir yorumla, tıpkı Yıldızhan Yayla’nın yaptığı gibi, bunların hepsi aynı kapıya çıkar. Hemen şunu söyleyeyim; fikir, düşünce sayılmayacak, iftira, açık hakaret gibi davranışların kesinlikle cezai sorumluluk alanı içine girdiğini kabul etmemiz lazım. Nitekim Yargıtayımız, -4. Ceza Dairesinin Sayın Başkanı da burada- bu gibi hallerde hukuki sorumluluğun Meclis kürsüsünde söylenen sözler için bile cari olacağını ve burada hukuk açısından da bir dokunulmazlığın olmayacağını çok isabet-

li bir şekilde karara bağlamıştır. Bunun cezai bakımdan da sadece içtihaden değil, bir Anayasa hükmü olarak getirilmesinde yarar görüyorum.

Diğer suçlar nedir? Sözle, oyla işlenebilecek suçlar. Biz, vaktiyle oylardan dolayı insanları mahkûm ettik. Bu, tabii acı bir sayfadır; adamların buna müstehak olup olmadığı gibi etik alanda kalmış tartışmalara girmek istemiyorum. Hukuk açısından, bir parlamenterin verdiği oydan, hatta bazı kişiler açısından vermediği oydan dolayı mahkûm edilmesini doğru bulmak mümkün değildir. Ancak, sözlerinizle, düşüncelerinizle işlediğiniz suçlar, uygulamada fikir suçu yahut fikir açıklama suçu denilen suçlardır. O zaman evvela aynaya bir kere bakalım; bu fikir suçlarını mevzuatımızda daha ne kadar tutmaya devam edeceğiz? Önce bunları bir temizleyelim, temizlememiz gerekenleri temizleyelim. O zaman göreceğiz ki, parlamento üyesiyle sokaktaki vatandaş arasındaki farkı asgariye indirmiş olacağız. Arkadaşımın da çok iyi belirttiği gibi, artık her şey her yerde tartışılır oldu. Eskiden tabu sayılan birçok hususlar, birçok konular, en üst kademedan en basit vatandaşın bir araya geldiği toplantılarda bile artık konuşulabiliyor, gazetelerde yazılıyor, televizyonlarda konuşuyoruz, dinliyoruz. Dolayısıyla artık sorunu sadece parlamento üyelerinin bir nevi privilege gibi, bir imtiyazlı gibi görmenin anlamı yoktur.

Dokunulmazlığın ve sorumsuzluğun kapsamı şu olur, bu olur; ama herhalde dokunulmazlığın çok yeni birtakım esaslara bağlı olması lazım. Yalnız, şimdi yapacağım öneride de söyleyeceğim gibi ve bundan evvelki önerilerle de bağlantılı olarak, bu işlerin sağlıklı işlemesi, adalet organına çok büyük sorumluluklar yüklemektedir. Bu itibarla, adaletin, yargının tam anlamıyla bağımsız hale getirilmesi lazımdır. Bağımsız yargı, ancak o zaman kendinden beklenen görevi yapabilir. Faruk Hocanın bir lafı vardır; "Bir hükümetle, bir meclisle bir devlet kurabilirsiniz; ama bağımsız bir adalet yoksa, o çağdaş bir devlet değildir." Bağımsız yargı, savcısıyla, hâkimiyle ve bunun dışındaki birtakım garantileri arkasına alan bir yargı organı bu işleri çok rahat yapabilecektir. Hepimiz biliyoruz ki, İtalya'daki "Temiz Eller" operasyonu, uzunca süren bu operasyon, hakimlerin ve savcılarının, özellikle savcılarının çok güçlü davranışları sayesinde sonuçlandırabilmiştir. Ama bunun hiç de farkına varılmayan önemli bir sebebi vardır; o da

hâkimlerin ve savcuların arkasında çok güçlü bir Hâkimler ve Savcılar Sendikasının bulunmasıdır. Böyle bir güçlü sendikanın koruyucu şemsiyesi altında olan hâkimler ve savcılar, görevlerini tam bir yürek rahatlığıyla yapmışlardır. Dolayısıyla Anayasamızın bu bakımdan da değiştirilmesi ve bu güvenin her kademedeki çalışanlara olduğu gibi, mutlaka adaletin temsilcilerine bütün genişliğiyle sağlanması gerekecektir.

Tekrar konuya dönersek; ben, şimdiki hükmüyle dahi Anayasamızın milletvekilleri hakkında kamu davası açılmasına engel olmadığı kanaatindeyim. Çünkü ne diyor; “Tutuklanamaz, yakalanamaz, sorgulanamaz, yargılanamaz.” Ancak, davayı açmakla iş bitmiyor. “Dava açılmaz” demiyor; davayı açtığınız zaman, adamı yargılamamız lazım, yargılamamız için sorguya çekmeniz lazım, zorlamamız lazım. Dava açmanız neye yarar sadece; belki zamanaşımını kesmeye yarar. Bu, az bir fayda değildir; çünkü Anayasamızın hükmüne göre, ceza zamanaşımı işlemez, dava zamanaşımı işler. Aslında o ceza davasında verilen bir hükmün, kesin hükmün infazına geçilmemesini de kabul etmeye imkân yoktur. Ortada kesinleşmiş bir hüküm vardır; kesinleşmiş mahkeme hükümlerinin ertelenmesi, geciktirilmesi de Anayasayla açıkça engellenmiştir. Bu itibarla, öyle sanıyorum ki o hükmü de ortadan kaldırmak lazım; ama her hal ve kârda milletvekillerinin de, dışardan gelmiş olan bakanların da, hatta Cumhurbaşkanının da, eğer ilerde sorumlu tutulabileceği suçlar olacaksa, bu suçların görevde kaldıkları sürece zamanaşımının duracağını hükme bağlamak lazım; yani “o noktadan itibaren işlemez” hükmünü koymak lazım. Aksi takdirde yine bir imtiyaz alanı yaratmış oluyoruz, bunu da kabul etmeye imkân yoktur.

Düşünebiliyor musunuz, art arda seçilen 5-6 devre milletvekilini, var öyle insanlar da; hele şimdi Cumhurbaşkanı 5 artı 5 usulüne göre 10 sene seçilirse ve Cumhurbaşkanının sorumluluğu gibi bir müessese de kazara gelecek olursa, o zaman mesele tam “Başbakanını öldüren Cumhurbaşkanı” noktasına kadar gelebilecektir. Bu itibarla, meseleyi sadece dokunulmazlık platformunda değil, karşımıza çıkan engeller açısından da ele almak gerektiği kanaatindeyim. Ancak, herhalde Anayasaya konulacak hükümlerle, davanın açılması olanağını yaratmamız, yargılamamızın yapılması yolunu açmamız, tabii yargılamada sorgulamanın da yapılması imkânını ya-

ratmamız; eğer tutuklanması gerekiyorsa, özgürlüğünden herhangi bir şekilde yoksun bırakılması gibi gereksinim ortaya çıkarsa, işte o zaman dokunulmazlığın kaldırılması istemiyle, bağlı olduğu Meclisten karar alınması hükmünü getirmemiz gerekiyor.

Özgürlükten yoksun bırakmayı da artık yalnız tutuklamama şeklinde anlamamak lazım. İtalyan hukukuna aşına olan arkadaşlarımızın da bildiği ve ondan esinlenerek yeni Usul Kanunu Tasarımızda da belirtildiği gibi, tutuklamadan ta aşağıya doğru, giderek özgürlüğü az kısıtlayan, 4-5, belki 6 tane ağırdan hafife doğru hürriyet kısıtlamaları var, bunlardan da herhangi biri uygulanabilir. Ama her hal ve kârda ancak özgürlüğünden yoksun bırakmak gerektiğinde dokunulmazlığın kaldırılması yoluna gitmek lazımdır.

Dokunulmazlığın kaldırılmasına karşı acaba bir itiraz yolu olmalı mıdır? Bugünkü sistemde, bu kaçınılmaz gibi gözüküyor; ama burada da bu incelemenin nasıl yapılacağı konusunda çok büyük ihtilaflar var. Anayasa Mahkemesi, sorunun âdeta içine kadar girebiliyor, birtakım yazarlar da bunun doğru olmadığı kanaatinde. Bence, eğer bu yol olacaksa, Anayasaya ve şekle uygun olup olmadığını inceleme yetkisini Anayasa Mahkemesine verdiğimizize göre; Anayasa aykırılık sayılan, hukuka aykırı delillerle bu isnadın oluşturulmuş olması gibi bir durumu da Anayasa Mahkemesi inceleyebilmelidir. Ancak, sistemde büyük değişiklik yapacaksak, kamu davası açıldıktan sonra eğer dokunulmazlığın kaldırılması isteniyorsa, belki o zaman dokunulmazlığın kaldırılması kararına karşı itiraz müesseselerine fazla ihtiyaç kalmayabilir. Bu nokta tartışılmaya çok açıktır.

Daha fazla sabrınızı tüketmeden sözlerime son veriyorum. Tekrar size ve Türkiye Barolar Birliğine ve onun Başkanının şahsında bütün meslektaşlarıma çok teşekkür ediyorum.

## Oturum Başkanı

---

Alacakaptan hocamıza teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Buyurun.

Anayasanın ihlali meselesiyle ilgili bir soru sormak istiyorum: Parlamento bir kanun yaptı; Anayasanın nasıl değiştirileceğine ilişkin prosedür malum, o prosedüre uymadı. 550 milletvekilinden 277 milletvekili, -bunların Türkiye’de olmayacağına inanıyorum, ama oldu- “Cumhuriyeti ilga ettim” dedi, “Mahkemeler teşkilatını kaldırdım” dedi. Anayasanın nasıl değiştirileceğine ilişkin prosedüre falan uyulmadı ve açıkça Anayasaya aykırı, biliniyor bu. Hocam, benim kanaatim; Türk Ceza Kanununun 146. Maddesi ihlal olunur. Hatta Talat Aydemir olayından daha kötüdür bu olay, manevi cebir dediğimiz olay budur; bilerek, isteyerek meydan okuyorsunuz. 500 milletvekiliyle bir parti geliyor, “Cumhuriyetin niteliğini falan tanımıyorum, değiştirilmez hükümleri de değiştiriyorum” dedi; 146 olmuyor mu? Tabii ki aynı zamanda vaziyeti suiistimal olur; ama 146 öncelikle olur. Aydemir olayından farkı var mı? Bu konuda cevabınızı almak istiyorum.

Teşekkür ederim.

## Prof. Dr. Uğur Alacakaptan

---

Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Şüphesiz olur, ama Meclisin verdiği karar yahut yaptığı oylama sonunda vardığı sonuç, bu işlemin yasalaşma noktasına geldiği anlamına gelmeyecektir, Cumhurbaşkanının da imzalaması lazım. Bu, aslında başka bir sorunu, benim sormak istediğim bir sorunu akla getiriyor, bana hatırlattığınız için teşekkür ederim. Cumhurbaşkanını vatana ihanetten dolayı yargılayabiliyoruz; peki Cumhurbaşkanının Başbakan, birtakım bakanlar ve parlamenterler de fiiline katılmışlarsa, yalnız Cumhurbaşkanı için söz konusu olabileceği ifade edilen vatana ihanet kavramı diğerleri için de geçerli olacak mı? Bu da önemli bir sorundur. Sizin sorunuzun cevabı açık, onun tartışmaya dahi açık olmadığı kanaatindeyim.



**Oturum Başkanı**

---

Teşekkür ederim.

Sayın Başkanımızdan, konuşmacılara plaketlerini vermelerini rica ediyorum.

**BİLDİRİ IV**

**“SİYASAL PARTİLER ve SEÇİM HUKUKU”**



**Oturum Başkanı**

**Av. Burhan Karaçelik** (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı)

**Sunuş**

**Prof. Dr. Yavuz Sabuncu** (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)

**Tartışmacı**

**Prof. Dr. Ergun Özbudun** (Bilkent Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

## **Av. Burhan Karaçelik**

Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı

Efendim, Oturumun ikinci bölümüne geçiyoruz. Bu bölümde "Siyasi Partiler ve Seçim Hukuku." Bu konuda bildiri sunmak üzere Sayın Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'yu kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Hocam.

Tartışmacı olarak, Sayın Prof. Dr. Ergun Özbudun'u kürsüye davet ediyorum.

Yine sunucu ve tartışmacının kimlikleri belli olduğundan, özgeçmişlerini açıklamıyoruz. Sayın Sabuncu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Öğretim Üyesi. Sayın Özbudun, Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

İlk sözü Sayın Sabuncu'ya veriyorum; buyurun Sayın Sabuncu.

## **Prof. Dr. Yavuz Sabuncu**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

### **SEÇİM SİSTEMİ/ADALET VE İSTİKRAR**

Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Anayasa Kurultayı'nda yapacağım sunuşu seçimlerle sınırlı tutacak ve demokratikleşme ekseninde bağlamında halen Türkiye'de genel ve yerel seçimlerde uygulanmakta olan seçim sistemlerinin niçin ve ne yönde değiştirilmesinin yararlı olacağı üzerinde duracağım. Bunu yaparken, hem mevcut seçim sistemine ilişkin kurallarının Anayasada yer alan ilkeler açısından bir değerlendirmesini yapmaya çalışacak, hem de Anayasa ve yasalarda yapılmasını yararlı bulduğum değişiklikler hakkında görüşlerimi açıklayacağım.

## Temsilde Adalet/Yönetimde İstikrar:

Bilindiği gibi Anayasa'nın 67. maddesi seçimlerle ilgili olarak her hangi bir sistem öngörüyor değildir. Yine de bu maddede yer alan ve yerel yönetim seçimlerini kapsayan bir biçimde seçim kanunlarının “temsilde adalet ve yönetimde istikrar” ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenmelerini öngören hükmün, 1995 öncesinden farklı olarak yasa koyucuyu daha büyük ölçüde bağlayıcı olduğuna kuşku yoktur. Bir başka deyişle, seçim sistemlerinin değerlendirilmesinde iki kutubu oluşturduğu söylenen “adalet” ve “istikrar” ilkeleri 1995'ten bu yana, artık gözönünde tutulması gereken bir Anayasa kuralıdır.

Ne var ki, temsilde adaletin nispeten kolayca tanımlanabilecek olmasına karşın, “yönetimde istikrar” ifadesi bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Her halde, “parleментар sistem” çerçevesinde “yönetimde istikrar”ı “hükümet istikrarı/sürekliliği” olarak tanımlamak gerekecektir. Ne var ki, bu tanımdan hareketle, ülke yönetimi bakımından istikrarı tek bir partinin parlamentoda tek başına çoğunluğu sağlaması ya da bunun doğal uzantısı olarak görmek, özellikle siyasal bunalım dönemlerinde koalisyon hükümetlerinin yararlarını da göz ardı etmek anlamına gelecektir. Dolayısıyla, yönetimde istikrar çok kez seçim sisteminin/seçim sonuçlarının ürünü değil, başka siyasal faktörlerin bir çıktısıdır ki, bunların başında da hiç kuşkusuz genel anlamıyla “siyasal istikrar” gelir.

Yerel yönetimler açısından ise, İl Özel Yönetimi bakımından geniş yetki-lerle donatılmış Valiler ve Belediyeler bakımından Belediye Meclisine kıyasla çok güçlü konumda olan Belediye Başkanları söz konusuysen, yani bu yönetimlerin “yürütmesi” bakımından süreklilik anlamında istikrar sağlanmışken acaba yerel seçimler düzeyinde “istikrar ve adalet” ilkele-lerinden hangisi öne çıkmalıdır?

Öte yandan, seçim yasalarının temsilde adalet ve/veya yönetimde istikrara yol açıp açmayacağını önceden kestirebilmek, **hukuki bir araştırma ile** değil, ancak daha önceki seçim sonuçlarının değerlendirilmesi yoluyla varılabilecek bir sonuçtur.

## I. Milletvekili Genel Seçimleri Bakımından:

### A. Temsilde Adaleti Bozan Kurallar:

Yürürlükteki Milletvekili seçim sisteminin Anayasanın 67. maddesinde yer alan temsilde adalet ilkesi bakımından bir kaç noktada eleştirilebileceğini düşünüyorum

1. Bu bağlamda ele alınması gereken kuralların başında, 1983 yasası ile getirilmiş olan % 10 baraj gelmektedir. Anayasa Mahkemesi 1995 yılında Milletvekili Seçim kanununda yapılan değişiklikle ilgili olarak yaptığı denetimde kanuna yeni eklenen 34/A maddesi vesilesiyle % 10 barajın “olağandışı ölçülere varmadığı”nı belirterek, “yönetimde istikrar ilkesine uygun ve temsilde adalet ilkesiyle bağdaşır” olduğu görüşüne varmıştır. Bu yükseklikte bir barajın başka hiç bir ülkede görülmediği, dolayısıyla aslında “olağandışı” olduğunu bir yana bırakarak, yukarıda söylediğim gibi, ancak seçim sonuçlarına bakılarak ölçülebilecek olan “temsilde adalet” ile ne ölçüde bağdaştığını ele almak istiyorum. Serbest seçim ilkesiyle bağdaşmayan 1983 seçimlerini bir yana bırakırsak, bu kuralın, 1987 seçimlerinde oyların % 19.8'inin (4.7 milyon oy), 1995 seçimlerinde % 14.5'inin (4.1 milyon oy) ve 1999 seçimlerinde % 19.2'sinin (6 milyon oy) değerlendirme dışında bıraktığını görürüz. Rakamlara oyları değerlendirme alınan partiler açısından bakarsak, bulacağımız oranlar ise 1987'de % 80.2 (üç parti), 1995'de % 85.5 (5 parti), 1999'da % 80.8 (4 parti) olmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, seçimlerde kullanılan her oyun mutlaka temsile dönüşmesi kuşkusuz şart değildir. Ne var ki, “üçlü” bir ittifak nedeniyle değerlendirme dışı kalan oyların % 0.5 olduğu 1991 seçimleri bir yana bırakılırsa, seçim sisteminin dolaylı bir sonucu olmaksızın **doğrudan** değerlendirme dışı kalan oy miktarının anılan üç seçimde de demokratik standartlar bakımından kabul edilmez bir düzeyde olduğunu söylemek gerekir. Bu barajın demokratik ülkelerde görülen en yüksek baraj olan % 5'e (Almanya) düşürülmesi durumunda, hesaba katılmayan oy oranları 1987'de % 4.2, 1995'de % 6.3, 1999'da ise % 8.3 gibi çok daha kabul edilebilir bir düzeyde olacaktır.

2. Bu rakamlar, yüksek barajın yol açacağı sanılan “seçmenlerin oylarını büyük partilerde toplamaları”nın gerçekleşmediğini de bize göstermekte-

dir. 1987 seçimlerine 7, 1991 seçimlerine 6 parti katılmışken, 1995 seçimlerine 12, 1999 seçimlerine 20 partinin katılabilmesi, 1987 seçimlerinde en çok oy alan parti % 36'yı aşmışken, bu rakamın 1991'de % 27, 1995'te % 21.4 ve 1999'da % 22.2 olması da gözden kaçırılmamalıdır.

3. Bir başka deyişle % 10 baraj ne seçmen oyundaki parçalanmayı durdurabilmiş, ne de Türkiye'nin 1991'den bu yana önce ikili ve üçlü koalisyonlarla yönetilmesine engel olabilmiş, olan yalnızca temsilde adaletsizlik olmuştur. Öte yandan, ülke seçim barajının temsilde adaletsizliğe yol açması, yalnızca bazı oyların değerlendirme dışı kalmasından kaynaklanmış değildir. Baraj altında kalan partilerin oylarının, bu oyların yansıttığı siyasal eğilimlerin tam tersi nitelikte olabilen partilerin hanesine katkı yapmasını da bu bağlamda zikretmek gerekir.

4. 1983 yasası ile milletvekilliklerinin illere tahsisi bakımından getirilen yeni düzenleme de temsilde adaleti bozucu sonuçlar vermektedir. Bu kurala göre, nüfusu ne olursa olsun, önce her ile bir milletvekili tahsis edilmektedir. Türkiye'de şu anda 81 il olduğuna göre, geriye 469 milletvekili kalmakta, bunların illere dağıtılması ülke nüfusunun bu sayıya bölünmesi ile elde edilecek sayıya göre yapılmaktadır. Bu dağıtım yöntemi, her ile önceden nüfusuna bakılmaksızın bir üyelik verilmesi nedeniyle, büyük nüfusa sahip iller aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin 1999 seçimlerinde -DİE'nin 1997 Genel Nüfus Tespitine göre- Tunceli'de 43 bin, Bayburt'ta 50 bin nüfusa bir milletvekili düşerken, bu rakam İstanbul'da 132, İzmir'de ise 130 bin olmaktadır. Böylece 1999 seçimlerinde Türkiye'de en az nüfusa sahip 10 il toplam 20 milletvekili çıkartırken, bu on ilin toplamına eşit nüfus barındıran Antalya 12 TBMM üyesi seçmektedir.

5. Temsilde adaletsizliğe yol açan bir başka husus da, milletvekilliklerinin seçim çevrelerine (illere) dağıtılmasında "seçmen" in değil "nüfus" un esas alınmasıdır. Aslında pek çok demokratik ülkede de temsilciliklerin seçim çevrelerine dağıtımında kullanılan kriter nüfustur. Ne var ki, Türkiye'de, seçmen/nüfus oranı bakımından bölgeler ve iller arasına gelişmişlik düzeyinden kaynaklanan -her ülkede görülmeyen- önemli farklılıklar vardır. Bu nedenle, örneğin seçmen/nüfus oranı düşük olan Tunceli, Bayburt ve Hakkari'de 1999 seçimlerinde yaklaşık 25 bin seçmene bir milletvekili düşerken, Ankara'da 84 bin, İstanbul ve İzmir'de ise yaklaşık 90 bin kişi bir

milletvekili seçmekteydi. Yine aynı seçimlerde her yüz kişiye 40 seçmen düşen 1.3 milyon nüfuslu Şanlıurfa 518 bin seçmen ile 11 milletvekili seçerken, yüz kişiye 66 seçmen düşen 1.2 milyon nüfuslu Manisa 799 bin seçmeni ile 10 milletvekili seçmiştir.

6. 1961 yılından bu yana milletvekilliklerinin siyasal partilere ve bağımsız adaylara dağıtımında kullanılan d'Hondt bölme yöntemi, nispi temsile dayalı hesaplama yöntemleri arasında, büyük partilere en çok prim veren sistem olarak bilinir. Bu sistemde seçim çevreleri küçüldükçe, sistemin yol açtığı fiili baraj yükseleceğinden, büyük partilerin avantajı artar. 1999 seçimlerinde Türkiye'deki milletvekillerinin 423 tanesi en büyüğü 12 üyelik seçen seçim çevrelerinden seçilmiştir ki, d'Hondt sisteminin bu milletvekillikleri bakımından yol açtığı **en düşük** fiili barajın % 10 dolaylarında olduğunu söylemek gerekir. Dolayısıyla, ülke barajının düşürülmesi büyük partilerin sistemden kaynaklanan doğal avantajını ortadan kaldırmayacaktır. Buna ek olarak, seçim çevrelerinin büyüklüğünün, örneğin 10 üyelik ile sınırlandırılması durumunda, seçim sisteminde hem adaletten uzaklaşmamış, hem de büyük partilerin avantajı arttırılmış olabilecektir.

7. Genel olarak şikayet edilen seçmen oylarındaki dağınıklığın aşılması için önerilebilecek en akılcı yöntem, birden çok siyasal partinin ortak listeyle seçime girmesine olanak sağlamaktır. 1954'ten bu yana yasak olan partiler arası ittifak olanağının sağlanması, temsilde adaletsizliği arttırmaksızın parlamenter istikrara katkı sağlayabilecektir.

#### *B. Milletvekili Seçim Sisteminin Siyasal Sonuçları:*

Milletvekili seçim sisteminde adaletsiz temsile yol açan yukarıdaki kural-  
ların siyasal sistemin işleyişi bakımından önemli sonuçlar doğurduğunu da görmekteyiz.

1. Yukarıda işleyişi anlatılan kurallar, hem Türkiye'nin aynı zamanda "gerice" yöreleri olan küçük nüfuslu iller, gelişmiş ve kentleşmiş büyük nüfuslu illere kıyasla TBMM'de daha ağırlıklı olarak temsil edilir olmasına yol açmakta, hem de, Türkiye'deki siyasal yaşama etkili olan "sapma"lara da neden olmaktadır. 1999 seçimlerinde daha çok gelişmiş yörelerden ve kentlerden oy alan DSP/ANAP toplamının % 35.4 oyla 222 milletvekili çıkarmışken, FP/MHP'nin toplamın % 33.4 oyla 240 milletvekilliği kazan-

masının başlıca nedeni bu iki kuralın birlikte etkisidir. Bu, anılan kural-  
ların merkez/ılımlı partilerin TBMM'de güçlerinden daha düşük ölçüde  
temsil edilmelerine yol açtığını bize göstermekte ve herhalde yönetimde  
istikrara da katkıda bulunmamaktadır.

2. Bu saptamalar ışığında seçim yasasında milletvekilliklerin illere dağı-  
tımı konusunda, 1980 öncesinde olduğu gibi, milletvekilliklerinin illere  
dağıtımında önce her ile bir milletvekili verilmesi kuralından vazgeçilme-  
si ve bu dağıtımda nüfusun yanı sıra seçmen sayısını da hesaba katan bir  
yöntemin benimsenmesi, temsilde adalet ilkesinin gerçekleştirilmesi baki-  
mından zorunlu görünmektedir.

3. Hemen belirtmek gerekir ki, 1995 seçimleri öncesinde yapılan yasa de-  
ğişikliğiyle getirilmiş olan ve 100 milletvekilinin ülke seçim çevresinden  
seçilmesini öngören düzenleme, geçerli oyu esas aldığı için, nüfus dışında  
seçmen sayısı ağırlığının da bir ölçüde seçim sonuçlarına aksettirebilecek  
bir değişikliktir. Öte yandan böyle bir uygulamanın, ülkenin halen son de-  
rece yerleşmiş olan ve ranta ve rant dağıtımına yönelik olmakla eleştiri-  
len siyasal yaşamını ulusal düzeye yönlendirebilecek sonuçlar doğurabile-  
ceği de düşünülebilir. Anayasa Mahkemesinin bu düzenlemeyi iptal eder-  
ken kullandığı Anayasanın 80. maddesinde yer alan "seçildikleri bölge"  
ifadesinin, "genel temsil ilkesinin" biraz başarısız bir tanımı olmaktan öte-  
ye, milletvekillerinin bir kısmının ulusal seçim çevresinden seçilmesine  
engel olduğu değerlendirilmesine katılmak zordur. Ne var ki, 1965 seçimle-  
rinde "Milli Bakiye" sistemi çerçevesinde benzer bir uygulama görülmüş  
olsa bile, 1995 değişikliğinin bu milletvekillerinin "parti yetkili kurulları  
kararıyla" illerle ilişkilendirilmeleri, Anayasa Mahkemesinin de dediği gi-  
bi, bir seçim çevresinde oy kullanan seçmenin "adını bilmediği adayı seç-  
miş sayılması" anlamına geleceği için, kolay savunulabilecek bir yöntem  
değildir. Dolayısıyla, Anayasanın ulusun temsiliyle ilgili maddesinden "se-  
çildikleri bölge" ibaresinin çıkarılması yoluyla, ulusal seçim çevresinden  
seçilecek TBMM üyelerinin illerle ilişkilendirilmesi gereğini ortadan kal-  
dırmak da seçenekler arasında düşünülmelidir.

## II. Yerel Yönetim Seçimleri Bakımından

Yerel yönetim seçimlerinde uygulanan kuralların yerel temsille ilgili  
önemli sorunlar doğurduğuna kuşku yoktur.



1. Bu bakımdan ilk belirtilmesi gereken husus, eskiden beri uygulanmakta olan "en çok oy alan aday"ın belediye başkanı seçilmiş sayılmasından kaynaklanmaktadır. İlk kez 1994 yerel seçimlerinde gözlemlenen ve 1999 yerel seçimlerinde kuvvetlenen "oyların aşırı parçalanması" olgusu, bu makama seçilenlerin önemli bir kısmının ulaştığı oy oranının % 25'ler dolayında oluşmasına, bazı belediye başkanlarının ise % 20 ve daha düşük bir çoğunlukla seçilmesine yol açmıştır. Bu durumda -eğer doğrudan seçim yöntemi muhafaza edilecekse- belediye başkanlığı seçimlerinde seçimi kazanmış sayılmak için asgari bir oy oranı aranması ve iki türlü bir düzenlemeye gidilmesi demokratik ilkeler açısından yerinde olacaktır.

2. Yerel Yönetimler seçimlerini düzenleyen 2972 sayılı yasanın 2. maddesinin "il genel meclisi ve belediye meclisi üyelikleri için yapılan seçimlerde onda birlik baraj uygulamalı nispi temsil sistemi"nin uygulanacağını söyleyen ikinci fıkra hükmü, temsil ilkesini çarpıtması nedeniyle kanımca anayasaya aykırıdır.

Bilindiği gibi bu fıkra yüzde onluk bir barajdan söz etmekle birlikte, aslında öngörülen o seçim çevresinde kullanılmış geçerli oyların onda birine denk düşen **sabit bir sayının** "bütün partilerin ve bağımsız adayların oy sayısından ayrı ayrı çıkarılması", daha doğrusu "silinmesi"dir. Bu da partilerin ve bağımsız adaların aldıkları "oy oranlarının değiştirilmesi" sonucunu vermektedir. Örneğin, 1999 seçimlerinde Çankaya ilçesinde Belediye Meclisi üyeliği için 426 bin oy kullanılmış, buna göre her parti ve bağımsız adayın oy toplamından 42664 oy düşülmüştür. Böylece, örneğin CHP'nin oyu 133 binden 87 bine düşerken, Fazilet Partisinin 49 bin oyu 3 bine düşürülmüş olmaktadır. Bu da daha önce CHP olarının % 37'si kadar oy almış olan FP'nin CHP oylarının % 3.3'üne düşmesi anlamına gelmektedir. Böylece CHP % 31 oyla Çankaya Belediye Meclisininin 45 üyesininin 27'sini (% 60'ını) ele geçirirken, FP 49 bin oyla (% 11) yalnızca 1 üyelik kazanabilmektedir. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi aslında "baraj" kavramıyla hiç bir benzerliği olmayan bu hükmü "onda birlik baraj" olarak değerlendirmiş ve karara muhalefet şerhi yazan bir üyenin belirttiği gibi "yasa gücüyle geçerli oylara yön değiştirmek" anlamına geldiği sonucuna varamamıştır. bu "değiştirmenin" sonucu, örneğin, Ankara Altındağ'da % 31 ile FP'nin, Kızılcahamam'da % 24 ile MHP'nin, Polatlı'da % 22 ile

DSP'nin, Sincan'da % 32 ile FP'nin Belediye meclisinde salt çoğunluğu sağlaması olmaktadır. bu örnekleri İl Genel Meclisi üyeliklerine genişletmek istersek, MHP'nin Adana'da % 23,5 oy ile İl Genel Meclisi üyeliklerinin % 54'ünü, DSP'nin İzmir'de % 35 oy ile % 64'ünü kazanmasını örnek olarak zikredebiliriz.

3. Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka husus da, Yerel Yönetim Seçimleriyle ilgili yasanın, İl Genel Meclisi üyeleri bakımından ilçeleri esas alıp belli nüfus dilimleri için sabit sayılar saptıyor olması dolayısıyla, yerel temsil bakımından küçük ilçelerin mecliste aşırı temsiline yol açmasıdır. Örneğin, Ankara Evren ilçesinde kayıtlı 3517 seçmen iki İl Genel Meclisi üyesi seçerken, Çankaya ilçesi 524 bin seçmenle yalnızca 11 üye seçmektedir. Eğer son dönemlerde sıkça söz edildiği gibi, yerel yönetimlerin seçilmiş organlarının yetkileri genişletilecekse, bu düzenlemenin de mutlaka yeniden ele alınması gerekir. Eğer İl Genel Meclisi bakımından nispi temsili esas olan il seçim çevresi uygulamasına geçilmeyecekse, ilçelerin nüfuslarını da hesaba katan bir düzenlemenin yapılması düşünülmelidir.

### **Ara Seçim Sorunu**

1982 Anayasasının TBMM'de boşalan üyelikler için her seçim döneminde bir kez ara seçim yapılmasını öngören 78. maddesi hükmünün 1986 yılındaki biricik uygulaması -bu kuraldan umulan yararın tam tersine- ülkede genel seçim havası doğmasına yol açmış ve ara seçimlere gidilmesi siyasal istikrar bakımından riskli kabul edilir olmuştur. Öte yandan 1961'den bu yana Türkiye'de çeşitli biçimleriyle uygulanmakta olan nispi temsil sisteminin mantığı, ara seçimler yapılmasına uygun değildir. Bu nedenle, Anayasa değişikliği çalışmalarında yedek milletvekilliği usulünün düşünülmesinin yerinde olacağı kanısındayım.

### **Adaylık**

Milletvekili seçimlerinde aday olabilme bakımından 1982 Anayasasının çizdiği çerçevenin demokratik ilkeler çerçevesinde üç noktada değiştirilmesinin yerinde olacağını düşünüyorum.

1. Düşünülmesi gereken değişikliklerden birincisi milletvekili seçilme yaşının 25'e düşürülmesidir. Bilindiği gibi biri hariç TBMM'de grubu bulu-

nan tüm partiler tarafından benimsenerek 1995 Anayasa değişiklikleri içine konulan bu öneri TBMM'de gizli oylamada reddedilmişti.

2. İkinci olarak da, 76. maddenin ikinci fıkrasında yer alan bazı suçlardan mahkum olanların "affa uğramış olsalar bile" milletvekili seçilmelere engel olan hükmün de ülkelerin tarihinde zamanla değişebilen "siyasal" sayılabilecek olan suçlardan mahkumiyetler bakımından Anayasadan çıkartılması düşünülmelidir. Çünkü demokrasi ve hukuk devleti geleneğinin gelişim tarihi, aynı zamanda, bir bakıma siyasal suçların azalması, cezaların hafiflemesi ve bu suçlardan doğan kısıtlılıkların yok olma sürecidir. Aynı biçimde, "genel af" kavramıyla bağdaşmaması nedeniyle, öteki suçlar bakımından "affa uğramış olsalar bile" ibaresinin de metinden çıkartılması yerinde olacaktır.

3. Son olarak da, kamu görevlilerinin görevlerinden çekilmedikçe milletvekili adaya olmalarını önleyen ve böylece aslında demokratik bir anayasanın dayanacağı değerleri en önde savunması beklenecek bir toplumsal katmanın siyasal yaşama katılmasını zorlaştıran kuralın -yargı ve TSK mensupları istisnası dışında- kaldırılması doğru olacaktır. Aday olmanın görevden çekilme koşuluna bağlanamayacağını öngören 1961 Anayasası hükmünün o dönemde herhangi bir sorun yaratmamış olduğu düşünülürse, böyle bir değişikliğin demokratik katılıma katkı yapabileceği görülecektir.

4. Yukarıda söylenenler yerel yönetim görevlerine adaylık bakımından evleviyetle geçerlidir. Bilindiği gibi anayasal bir zorunluluk olmamasına ve Yerel Yönetim Seçimlerine ilişkin yasada herhangi bir hüküm olmamasına karşın, kamu görevlilerinin yere yönetim görevlerine seçilmeleri bakımından da Anayasanın 76. maddesi uygulama alanı bulmaktadır. Özellikle belediye ve il genel meclisleri bakımından bu uygulamanın hiç bir demokratik gerekçesi bulunmamaktadır. Ama burada asıl önemli olan, profesyonel üyelik gerektirmeyen yerel yönetim meclisleri bakımından kent nüfuslarında önemli bir oranı temsil eden kamu görevlilerinin, bu görevlerinin yanı sıra yanı anda bu meclislerde de görev yapabilmelerinin sağlanmasıdır. Kamu görevlilerinin -bir istisna dışında- siyasal parti üyesi olmalarına engel olan anayasa kuralının korunması gerekli görülüyorsa, kamu görevlilerinin ya doğrudan ya da siyasal parti listelerinden bağım-

sız olarak seçilip, görevlerini bırakmak zorunda olmaksızın, bu meclislerde üye olabilmeleri basit yasal değişikliklerle sağlanabilir. Böyle bir olanağın sağlanması, şu anda “serbest meslek erbabı”na terkedilmiş durumda olan yerel siyaseti zenginleştirecek ve “yerel rant politikası”nı dengeleyebilecektir.

### Önseçim

Siyasal partilerin milletvekili -ve yerel yönetimlerin seçimle gelen görevlileri bakımından- adaylarının tespiti yönteminin demokratik sistemin işleyişi açısından büyük önem taşıdığı genel kabul gören bir husustur. Kanımca, bir siyasal sistemin demokratiklik düzeyi ile, parti içi demokrasi konusunda doğrudan bir koşutluk kurmak zor olmakla birlikte, parti üyelerinin parti adaylarının belirlenmesinde etkili olabilmesinin siyasal katılımın geliştirilmesi bakımından yararlı olacağına kuşku yoktur. Ne var ki, böyle bir zorunlu “önseçim” yönteminin, siyasal partilerin üye sisteminin yeniden düzenlenmeden, sağlanmadan sağlıklı olacağı söylenemez. Partilerin iç işi olması gereken önseçim ve sağlıklı üye kayıtları yasa tarafından teşvik edilmeli, ama siyasal parti kültürünün kısa dönemde yasal düzenlemelerle değiştirilebileceği de sanılmamalıdır. Böyle bir girişimde bulunduğu söylenen tek parti olan CHP'nin dahi bundan vazgeçtiğinin söylendiğini düşünürsek, parti üye kayıtlarını ağır şekil koullarına bağlama ve denetim altına almanın siyasal parti yaşamına faydadan çok zarar getirebilecek bir tutum olacağını da söyleyebiliriz. Eğer seçmenlerin siyasal partiler tarafından önlerine konan listelere oy vermek zorunda kalmaları eleştirilecek bir durumsa, bunun çaresi olarak önseçimden daha etkili olabilecek tercih oyu ve karma liste gibi yöntemlerinin geliştirilmesi daha etkili olabilecektir.

### Oturum Başkanı

---

Sabuncuoğlu hocamıza teşekkür ediyorum.

Tartışmacı olarak Sayın Özbudun'a söz veriyorum, rica ediyorum.

---

## Prof. Dr. Ergun Özbudun

Bilkent Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi

Sayın Başkan, değerli konuklar; esasında bir seçenek, Yavuz Sabuncu'nun bütün görüşlerine tam olarak katıldığım için, yorumu burada bitirmek ve sizden özür dilemektir. Ancak, tabii bu seçeneği uygulamayacağım; onun yerine yapacağım şey, Yavuz Beyin zaten değindiği konuları aşağı yukarı aynı sırayı izleyerek, bu konuda kendi düşüncelerimi de eklemek suretiyle biraz daha vuzuha kavuşturmak ve eğer vakit müsaade ederse, bu oturumun konusu olan, fakat Sayın Sabuncu'nun değinmediği Siyasi Partiler Kanunuyla ilgili bir-iki noktayı da eklemek olacaktır.

Her şeyden evvel, 1995 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle, 82 Anayasasının ilk metninde bulunmayan bir formül mevzuatımıza eklenmiştir. Bu da seçim kanunlarının temsilde adalet ve yönetimde istikrar prensiplerini bağdaştıracak biçimde yapılmaları gereğidir. Seçim hukukuna aşına olan herkesin bildiği gibi, bunlar birbirinin tamamen zıddı olan prensiplerdir. Dolayısıyla bunların nasıl bağdaştırılabileceği çok kuşkuludur. Belki bu hükümden pozitif hukuk bakımından çıkarılabilecek tek anlam şudur: Bundan böyle Türkiye Büyük Millet Meclisi, saf nispi temsil veya saf çoğunluk sistemlerinden birini kabul edemeyecektir, ikisi arasında bir sistem kabul etmek mecburiyetindedir. Fakat bu iki ucun arasında da sayısız alternatifler, sayısız karma sistemler mevcuttur. Bunların hangisinin seçileceği bir ölçüde Türkiye Büyük Millet Meclisinin takdirine bağlı olmakla birlikte, Anayasa'nın bu hükmü dolayısıyla bir ölçüde de Anayasa Mahkemesinin takdir alanına girmiştir. Bu takdirin kullanımının bir örneği olarak, Sayın Sabuncu'nun değindiği 1995 yılındaki karara değinebiliriz. Burada Anayasa Mahkemesi, seçim çevresi barajını temsilde adalet ilkesine aykırı bularak iptal ederken, % 10'luk ülke barajını temsilde adalet ilkesine aykırı bulmamıştır ve iptal etmemiştir. Dolayısıyla bu takdirin geniş ölçüde sübjektif bir takdir olabileceği endişesi de vardır.

Buradan % 10'luk genel ülke barajı meselesine geçiyorum. Sayın Sabuncu'nun belirttiği gibi, % 10'luk bir baraj, hiçbir demokratik ülkede görülen bir baraj değildir. Gerçi nispi temsil edilen ülkelerde yüzde 5'e varan ba-

rajlar, yüzde 4-5'lik barajlar görülmektedir ve faydalı olmaktadır. Dolayısıyla ben de Türkiye'de % 5 civarında bir barajın konulmasından yanayım. Bu barajın olmadığı, uygulanmadığı bir Polonya seçiminde 29 parti parlamentoya girmiştir. Hatta bir tanesinin adı, Bira Sevenler Partisi idi. Barajın konulmasından sonra, Polonya Parlamentosu'nda temsil edilen partilerin sayısı 5 veya 6'ya düşmüştür. Dolayısıyla % 10'luk bir baraj, temsilde adalet ilkesi bakımından savunulması mümkün bir baraj değildir. Ayrıca bugün içinde bulunduğumuz bir siyasal olgu; yani siyasi parti sistemindeki aşırı parçalanma nedeniyle de % 10'luk barajın seçmen temsilini çok büyük ölçüde çarpıtan sonuçlar vermesi de muhtemeldir. Bugün yapılan seçim araştırmaları gösteriyor ki, Türkiye Büyük Millet Meclisinde halen temsil edilmekte olan 5 partinin oy oranları, bugün bir seçim yapıldığı takdirde % 10'un ya 1-2 puan üstünde veya 1-2 puan altındadır. Muhtemeldir ki, yapılacak bir seçimde, bugün Parlamentoda temsil edilen partilerden bir kısmı da bu % 10'luk barajı geçemeyecektir, 2-3 parti ancak bunu başarabilecektir. Bu takdirde de değerlendirilemeyen oy miktarı ve oranı o kadar artacaktır ki, kamuoyundaki siyasi dağılımı hiçbir şekilde yansıtmayan ve tamamen çarpıtan bir sandalye dağılımına şahit olabiliriz. Bu tehlikeye de dikkati çekmek istiyorum. Gerek temsilde adalet açısından, gerek Türkiye'yi tatsız sürprizlerle karşılaştırması tehlikesinin önlenmesi açısından ulusal barajın % 5 civarlarına çekilmesinin çok faydalı olacağı kanısındayım.

Yine Sayın Sabuncu'nun değindiği gibi, 1983'ten beri yürürlükte olan seçim mevzuatımızın en büyük adaletsizliklerinden biri, milletvekillerinin tahsisi konusundadır. Bilindiği gibi, nüfusa bakılmaksızın, evvela her ile bir milletvekilliği tahsis edilmekte ve ondan sonra geri kalan milletvekillikleri nüfus esasına göre bölüştürülmektedir. Bu sistem, nüfusu en az olan en küçük illere haksız bir avantaj sağlayan, adaletsiz bir avantaj sağlayan bir sistemdir. Biliyoruz ki, seçim hukukunun en temel prensiplerinden biri, tek insan-tek oy prensibidir. Dolayısıyla böyle bir milletvekili tahsisi sistemiyle bu sistemden büyük ölçüde uzaklaşmış olmaktadır ve nüfus sayısı az olan küçük illerde çok daha düşük bir seçmen sayısı ile bir milletvekili çıkarmak mümkün olmaktadır. Ayrıca bunun kabul edilmesi, kanaatimce meşru olmayan, caiz olmayan birtakım siyasi sakıncaları da var. Türkiye'nin demografik gerçeklerine göre, nüfus sayısı en az olan il-

ler, genelde sosyoekonomik gelişmişlik düzeyi en düşük olan illerdir. Dolayısıyla bu illere tanınan seçim avantajı, Türk toplumunun en muhafazakar, en tutucu kesimlerine Parlamentoda hakketmedikleri, güçleri ölçüsünde hakketmedikleri bir ağırlık kazandıran bir sistemdir. Ki, Sayın Sabuncu bunu rakamlarla, oranlarla kanıtlamıştır. Bunu da seçim sistemine ve seçim adalet ilkelerine yapılan haksız ve yersiz bir müdahale olarak vasıflandırmak gerekir.

Sayın Sabuncu'nun yine benzer gerekçelerle, milletvekillerinin tahsisinde nüfusa değil, seçmen sayısına bakılması yolundaki eleştirisine de katılıyorum. Gerekçeler, biraz evvel söylediğim gerekçelerle aynıdır.

Türkiye milletvekilliği veya ulusal çevre meselesine gelince; biliyorsunuz ki bu 1995 Seçim Kanununda kabul edilmiş, fakat Anayasa Mahkemesinin aynı yıl verdiği kararla iptal edilmiştir. Bu iptalin bir gerekçesine katılmıyorum; yani Anayasanın 80. Maddesinde, "seçildikleri bölgeyi değil, milletin tümünü temsil ederler" tarzındaki ifade, milletvekillerinin mutlaka belirli seçim bölgelerinden seçilmesini emreden bir ifade değildir. Tam aksine, belirli bölgelerde seçilmiş olsalar dahi, milletin tümünü temsil edecekleri şeklinde okunması gereken bir ifadedir. Bugün demokratik ülkeler arasında tüm ülkeyi tek bir seçim çevresi olarak sayan ülkeler mevcuttur; Hollanda ve İsrail gibi, kimse bunun demokratik ilkelere aykırı olduğunu ileri sürmemektedir. Tabii bu kanunda, Anayasa Mahkemesinin başka bir iptal sebebi var; o da yasa koyucunun bence son derece beceriksiz bir düzenlemeyle bu Türkiye milletvekilliklerini daha sonradan parti merkez organlarının kararlarıyla belli illerle ilişkilendirmiş olmasıdır ki, bu hakikaten ciddi kaygılar uyandıracak, ciddi itirazlara yol açacak bir sistemdi. Belki Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, bu düzenlemenin teknik yönden kötü oluşu bir rol oynamıştır. Ancak, aynı tehlikeyle tekrar karşılaşmamak için ve ulusal çevreden seçilecek bir miktar milletvekilinin Türk siyasi hayatına bir katkıda bulunacağı inancıyla, bir Anayasa reformunda bu hususun doğrudan doğruya Anayasada belirlenmesi ve belli sayıda milletvekilinin, mesela 100 milletvekilinin ulusal listelerden seçilmesinin bir Anayasa hükmü haline getirilmesi kanımca yerinde olacaktır.

Sayın Sabuncu'nun, belediye başkanlarının iki dereceli seçimle seçilmeleri yolundaki önerisine tamamen katılıyorum, çoktan beri ben de bu görüş-

teyim. Milyonluk bir ilin yönetiminin yüzde 20'ler civarında oy alan bir belediye tarafından yürütülmesi, demokratik ilkelere ne ölçüde uygundur; bu ciddi bir tartışma konusudur. İki türlü seçim, bu sakıncaları bertaraf edecektir.

Yine Sabuncu'nun çok haklı olarak dile getirdiği gibi, bugün yerel yönetim seçimlerinde uygulanan ve bütün partilerin oylarından yüzde 10 düşüldükten sonra il genel meclisi ve belediye meclisi üyelerinin dağıtılmasını öngören sistem; zaten kendisi de adaletsiz olan milletvekili seçimindeki yüzde 10'luk barajdan da daha çarpık, daha adaletsiz ve daha anlamsız bir sistemdir. Bu itibarla ve Sabuncu'nun gerekçelerine aynen katılarak, bunun da düzeltilmesi gerektiği inancını taşıyorum.

Ara seçim ve adaylık konusunda da sözü uzatmamak için, değerli meslektaşımın görüşlerine aynen katıldığımı belirtmekle yetineceğim.

Tabii bu ilerleyen saatte, Siyasi Partiler Kanunu Reformu veya Anayasa-da siyasi partilerle ilgili olan ilkelerin belirlenmesi gibi başlı başına bir panel konusu olabilecek bir konuda ayrıntılara girmem mümkün değil. Ancak, şu anda gündemde olması itibarıyla, siyasi parti yasaklarıyla ilgili olarak ve bu konuda girilen Anayasa değiştirme süreciyle ilgili olarak birkaç görüşümü ifade etmek istiyorum.

Bugün partilerin kapatılmasını düzenleyen yasaklar rejiminin Avrupa normlarına uygun olmayan, aşırı ölçüde yasakçı bir rejim olduğu ve partilerin kapatılmasını aşırı ölçüde kolaylaştırdığı, zannediyorum hemen hemen herkesin kabul ettiği bir gerçek. Anayasada 1995 yılında yapılan değişikliğe rağmen, o tarihten bu yana Siyasi Partiler Kanununda buna gerçek bir uyum sağlayacak değişikliklerin yapılamamış olması, bir eleştiri nedenidir. Dolayısıyla bugün Siyasi Partiler Kanununda, Anayasadaki siyasi partiler yasaklarını aşan ve dolayısıyla da çağdışı kalmış olan birtakım yasaklar mevcuttur. Gerçi Anayasa Mahkemesinin ilk günkü konuşmamda değindiğim Demokratik Barış Hareketi Partisine ilişkin kararında, Yüce Mahkemenin bundan sonraki içtihadı bakımından olumlu ümitler uyandıracak işaretler vardır. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi, 1995 Anayasa değişikliğine değinmiş, -daha doğrusu olumlu gerekçeyi üyelerden 4'ü buna değinmiş- buna uygun bir Siyasi Partiler Kanunu değişikli-



ğinin yapılmamış olmasına işaret etmiş ve bu durumda 89. Maddeyi değil; yani Demokratik Barış Hareketinin ihlal etmekle suçlandığı maddeyi değil, fakat doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulayarak, bu partinin kapatılması talebini reddetmiştir. Dolayısıyla bu içtihat devam ettiği takdirde, Anayasadaki yasaklar rejimiyle -ki, bütünüyle makul kabul edilebilir- Siyasi Partiler Kanununda bunu aşan ve taşan yasaklar rejiminin bağdaştırılması mümkün olabilecektir. Fakat şüphesiz daha köklü ve daha doğru olan bir çözüm; konuya yasama organının el atması ve Siyasi Partiler Kanununun yasaklarla ilişkin hükümlerini Anayasanın 1995 yılında yapılan tadili ışığında yeniden değerlendirmesidir.

Öte yandan, tasarlanan Anayasa değişikliğinde, siyasi partilerin kapatılmasını büsbütün imkânsız kılmasa bile, pratikte imkânsız kılacak derecede güçleştirici şartlara bağlanmasını da doğru bulmadığımı belirtmek isterim. Mesela şu anda tartışma konusu olan versiyonlardan bir tanesi, siyasi partiler hakkında kapatılma kararı verilmesi için, daha evvel mahkemelerce verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümlerinin mevcudiyetini aramaktadır. Türkiye’de yargının ne kadar geç işlediği malumdur. Bu itibarla, Siyasi Partiler Kanunundaki ve Anayasadaki yasakları ihlal eden kişiler hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararlarına ulaşılması yıllar alabilecektir. Hatta bazı hallerde, belki böyle bir mahkumiyet kararının verilmesi dahi mümkün olmayacaktır. Çünkü bilindiği gibi, 1991’de Türk Ceza Kanununun 163. Maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla laikliğe aykırı propaganda cezalandıran bir hüküm bugün bildiğim kadarıyla ceza hukukumuzda mevcut değildir. Bu itibarla, eğer böyle bir hüküm kabul edildiği takdirde, bir partiyi laik devlet ilkesini tahribe yönelik davranışlarından dolayı kapatmak da fevkalade zorlaşacaktır, hatta imkânsızlaşacaktır.

Öte yandan, konuyu tamamen Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakmak da, Yüce Mahkemenin takdir alanını çok genişletmek olacaktır. Bu itibarla, ortalama bir yol olarak, bugün en son üzerinde uzlaşmaya varılmış görünen sistemin, yani Anayasa Mahkemesinin geçenlerde iptal ettiği olduğu Siyasi Partiler Kanununun 103. Maddesindeki esasların Anayasa hükmü olarak Anayasaya monte edilmesinin faydalı olacağı düşüncesindeyim. Böylece bireysel üyelerin işledikleri fiillerden dolayı, parti tüzel kişiliğinin mahkûm edilmesi gibi haksız bir sonucun önüne geçilmiş olacak-

tır. Çünkü bireysel üyelerin fiillerinin, Anayasada belirtilecek olan parti merkez organlarının zımni veya açık onayına kavuşmuş olmaları şartı ve elbette bu eylemlerin odak teşkil edecek bir yoğunlukta işlenmiş olmaları şartı aranacaktır. Ki, kanımca, bu makul bir ortalama formüldür.

Bunun yanında son olarak değineceğim husus; yine Anayasayla getirilmek istenen derecelendirilmiş müeyyide sisteminin de esas itibarıyla taraftar olduğum bir sistem olmasıdır. Yani Siyasi Partiler Kanununa aykırı hareket eden partiler hakkında sadece kapatma müeyyidesi var olacak yerde, mesela bunların Hazine yardımıyla tamamen veya kısmen mahrum edilmeleri veya bir dönem seçime katılmaktan alıkonulmaları gibi ara müeyyidelerin getirilmesi faydalıdır. Ancak, burada açıkta kalan bir sorun vardır; acaba hangi eylemlere hangi müeyyidelerin uygulanacağı belirtilecek midir; yoksa bu husus tamamen Anayasa Mahkemesinin takdirine mi sunulacaktır? Eğer tamamen Anayasa Mahkemesinin takdirine bırakılacaksa, bu takdirde yine Yüce Mahkemeye oldukça geniş bir subjektif takdir alanı tanınacağı aşikârdır. Hangi eylemin hangi cezayı gerektirdiğini Anayasada belirtmek ise çok kazuistik bir Anayasa yazımını gerektireceği için uygun gördüğüm bir yöntem değildir. Belki bu konuda derecelendirilmiş müeyyide ilkesine ilke olarak Anayasada yer verilmesi; fakat ayrıntılı düzenlemenin Siyasi Partiler Kanununa bırakılması gibi bir çözüm üzerinde de düşünülebilir. Her halükârda bu konuda Türkiye Büyük Millet Meclisinde arzulanan uzlaşmaya varılması ve siyasi partiler kanunda değişiklik yapılarak, yukarıda ifade ettiğim hususların düzenlenmesi gerekmektedir. Bu konudaki düzenleme eksikliğinin Anayasa Mahkemesi'nin taktiriyle gidilmesi uygun değildir.

Bilindiği gibi, siyasi parti kapatmayla ilgili 3 Anayasa Mahkemesi kararı hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye aleyhine karar vermiştir. Bu konudaki Türk normlarının Avrupa normlarına uydurulması, önemli bir zorunluluk olarak kendisini göstermektedir. Bu düşüncelerle hepimizi saygılarla selamlıyorum.

### Oturum Başkanı

---

Sayın Özbudun hocaya teşekkür ediyorum.

---

**DÖRDÜNCÜ GÜN**

**AÇIK OTURUM**

**"KÜRESELLEŞME, EVRENSEL DEĞERLER VE  
ULUSAL EGEMENLİK"**



**Oturum Başkanı**

**Prof. Dr. Suna Kili** (Boğaziçi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

**Konuşmacılar**

**Prof. Dr. Jean Duffar** (Paris Val de Marne Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof. Dr. Slobodan Milacic** (Balkan Araştırmaları Enstitüsü Müdürü,  
Montesquieu Bordeaux-IV)

**Prof. Dr. Türkel Minibaş** (İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi)

**Prof. Dr. Mümtaz Soysal** (Anayasa Hukuku Profesörü)

**Dr. Semih Vaner** (Uluslararası Araştırma ve İncelemeler Merkezi - Paris)

**Prof. Dr. Suna Kili**

Boğaziçi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Dördüncü günün sabah oturumunu açıyorum. Konumuz “Küreselleşme, Evrensel Değerler ve Ulusal Egemenlik.”

Birkaç söz edeceğim; o sözler içinde ben bir terimin daha buraya girmiş olmasını arzu ederdim. Biliyorsunuz küreselleşme konusu çok gündemde, sanki yeni bir olgu gibi önümüze getiriliyor. Halbuki 19. Yüzyılda İngiltere'nin ekonomik gücü ortadayken zaten kendisi küreselleşme politikalarını, siyasalarını yürütüyordu. Almanya gibi diğer başka ülkeler de ekonomik güce kavuşup, bir rakip olma durumuna gelince bir proteksiyonist, kendini korumacı siyasalara büründüler. Ancak sanıyorum biz “küreselleşme” deyince, küreselleşme karşıtı olarak, iki büyük olay anımsıyoruz; Seattle'da ve Prag'da olan olaylar. Ben bunun belki daha anlamlısını yaşadım. Bu da Ağustos 2000 yılında; yani bundan birkaç ay önce Uluslararası Siyasal İlimler Derneğinin 18. Dünya Kongresinde küreselleşme siyasalarına bir başkaldırı vardı. Tabii profesörler, öğretim görevlileri cam, çerçeve indirmedeği için bu gazetelere pek yansımada; ama çok anlamlı bir başkaldırıydı ve bunun başını da Amerikalı profesörler çekiyordu. Fiedor Lory, Uluslararası Siyasi İlimler Derneğinin Başkanı idi ve kendisi ayakta alkışlanan, küreselleşmeyi acımasız bir şekilde ve haklı bir şekilde eleştiren bir bildiri sundu.

Orada dikkatimi çeken konu, Danimarkalı bir katılımcı “ben sade bir yurttaşım, kısa bir süre sonra emekliliğime kavuşacağım. Benim devletim, Danimarka hükümeti benim güvencemi her türlü şekilde sağlamış durumda. Küreselleşme bana ne getirecek, ne olacak?” dedi. Bu küreselleşmenin savı, bir yerde eleştirilerin odak noktası küreselleşme siyasaların az gelişmiş ülkeleri daha fakir konuma düşürdükleri; yani küreselleşme siyasalarını güden gelişmiş ülkeler onların ekonomilerini yönlendirerek onları siyasal tekeline çekiyor savı var.

Tabii, küreselleşme konusunun bundan daha geniş bir boyutu var. Onun için Amerikalıların veyahut gelişmiş ülkelerin orta sınıfını temsil eden dü-

şünürler bir nevi başkaldırma içindeler. Şöyle ki: Bir örnek vermek gerekirse Birleşmiş Milletlerin 1999 verilerine göre, Amerika Birleşik Devletleri refahını, zenginliğini ikiye katlamış durumda; ama öyle gözüküyor ki bu ikiye katlamak ancak zengine yaramış, bu ikiye katlanan servet, halka doğru kaymamış durumda. Burada eksik gördüğüm -belki de konuşmacılar değinecek- cumhuriyetçilik kavramının da ilave edilmesi gerekirdi. Neden bunu söylüyorum? Sisaro'nun deyiimiyle cumhuriyetçiliği anlatıktan sonra daha açıklığa kavuşacak. Neden bu cumhuriyetçilik kavramının başlık arasında olmadığını biraz eleştirdim. Sisaro "cumhuriyetleri, ortak adalet anlayışını, kamu yararını yaratmak için insanların bir araya gelmesini sağlayan halka ait devletler" olarak tanımlıyor. Cumhuriyet rejimi, gücün temelde halkta olduğunu benimser. Cumhuriyetçilik ulusalcılığı ve katılımcılığı öngörür. Kısacası cumhuriyet, halkın kayıtsız, şartsız egemenliğine dayanan bir rejimdir.

Cumhuriyetçi gelenek, özgürlüğün eşit yurttaşlık gerektirdiğini vurgular. Cumhuriyetçi anlayış özeli değil, kamu yararını ön planda tutar. Cumhuriyetçiler inanmaktadırlar ki toplum olmadan özgürlük olamaz ve hukuk olmadan da özgürlük korunamaz. Anatole France ne demiş "yalnızca siyasal özgürlükler, demokrasi gibi laflarla yetineceksek özgürsünüz; ama köprü altında uyumaya özgürsünüz" diyor. Dolayısıyla cumhuriyet terimi, içinde kamu yararını düşündüğü için sosyal adalet görüşünden uzak olmaz. Bu nedenle, bunu söylememin esas nedeni, kuşkusuz küreselleşme savlarının, siyasalarının hep demokrasi adına yürütülmesidir. Rejiste Debrey'in bir deyimini söyleyeyim; Rejiste Debrey "din güneyin; yani az gelişmiş ülkelerin afyonudur. Kuzeyin; yani gelişmiş ülkelerin afyonu da demokrasidir" diyor. Tabii bu biraz abartılmış bir terim; ama bir ölçüde bir tanımlama, bir ölçüde doğruluk payını da taşıyor. Şöyle ki demokrasiyi kullanarak özeli, kişisel çıkarı, bölücülüğü, şeriatçılığı, en aşağı olan değerleri ve çıkarları savunabilirsiniz; bunu hep demokrasiyi kullanarak yapıyorsunuz ve yapıyor. Örneğin bir hür teşebbüs, hür kamu ve hür özgürlükler, piyasa; bütün bunlar demokrasi terimini kullanarak ortaya konuluyor. Öyleyse, demokrasi tabii ki en yüce değerleri de savunabilir ve ortaya koyabilir; ama küreselleşme savları hep demokrasiyi kullanarak, demokrasi sözcüklerinden yararlanarak ortaya konuluyor. Dolayısıyla "cumhuriyetle bu aşamada demokrasinin eğer bu kadar çıkarıcı, bu kadar

kamu yararını göz ardı eden, sosyal dengeleri altüst eden bir siyasa uğruna demokrasi kullanılıyor ise cumhuriyetin kendini koruma, savunma hakkı da doğar” diyorum.

Bu küreselleşmenin şu aşamadaki uygulamalarını yumuşatmak için bazı çalışmalar oluyor. Bu çalışmaların belki en yoğununu İsveç Dışişleri Bakanlığı yürüttü, bir ölçüde de yürütmekte. Orada bulunan, onların devlet bakanlarından Matscalson, bundan bir-iki yıl önce Yeni Delhi’de ilginç bir bildiri sundu ve “biz, küreselleşmeyi daha az gelişmiş ülkelerin veyahut da yoksulların yararına işleyen bir sistem haline getirmeliyiz” dedi ve şu tanımlamayı yaptı: Dayanışmacı, solidaric globalization (dayanışmacı küreselleşme) savında bulundu; yani zararlarla iyi sonuçlar da ortaklaşa paylaşılsın ve şimdiki bu uygulamasıyla bugünkü uygulamayı, captured globalization (zapt edilmiş küreselleşme) olarak ortaya koydu. Ancak halktan, yoksuldan, yoksul ülkeden yana bir küreselleşme savında bulunan aynı Matscalson’un geçen yıldan beri Dünya Bankasının ikinci direktörü konumuna getirildiğini duydum. Biliyorsunuz ki her ne kadar küreselleşme serbest piyasa mekanizması içinde hiçbir kimsenin müdahalesi olmadan, kendi kendine yürüyor. Öyle bir ekonomik sav içinde olmalarına karşın görüyoruz ki kurumsal yapısı da var. Bu kurumsal yapısı, özellikle IMF, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü ve bir-iki büyük merkez bankası; Amerika’nın ve Almanya’nın olduğu gibi.

Bir yorumcu “İkinci Dünya Savaşı sonrasını sosyal demokrasi yılları olarak tanımladıktan sonra, 60’lardan sonra Keynesçilerle Freidmanistler arasında büyük bir savaşım oldu ve bunu Freidmanistler kazandı” diyor. Konuyu genel olarak ortaya koymaya çalıştım, şimdi konuşmacılara geçeceğim.

İlk konuşmacımız Prof. Jean Duffar. Kendisi Paris-12 Üniversitesinde Profesör, Paris Barosunda Avukat, Paris Barosu İnsan Hakları Enstitüsü Bilim Komitesi Üyesi, Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü mezunu. Eserleri Tayland’daki Siyasal Güçler, Kolektif Özgürlükler, İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler; bu kitabı Jean Rober ile birlikte yazılmış ve 7. basımında.

Sayın Prof. Duffar buyurun.

## KÜRESELLEŞME – EVRENSEL DEĞERLER VE ULUSAL EGEMENLİK

1. Öncelikle, bu Kurultay'ın programına böylesine güncel bir konuyu dahil ettiği ve bunu açık bir formülasyonla kaleme aldığı için Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür etmek gerekir. Bu bildiri, tanınan serbestiden de yararlanılarak aşağıdaki iki nokta etrafında biçimlendirilmiştir.

- I. Küreselleşme ve Evrensel Değerler
- II. Küreselleşme ve Ulusal Egemenlik

Bu bölümlerdeki unsurlar nasıl tanımlanmalıdır?

2. Bildirinin her iki bölümünün ortak unsuru olan küreselleşme, *mondialisation* (\*) un eşanlamıdır. Küreselleşmeden, dünyayı hızla tek bir iktisadi bütünlüğe dönüştüren bir süreç, iktisadi piyasaların ulus-devletleri aşarak bütünleşmesi anlaşılmaktadır (1). Küreselleşmenin itici güçleri, kapitalizm, serbest piyasada rekabet, özelleştirme, *déréglementation* (\*\*) ve ayrıca kârların azamileştirilmesi olacaktır (2).

(\*) Fransızca'da, küreselleşme karşılığı olarak gerek *globe* (küre)dan türetilen *globalisation*, gerek *monde* (dünya)dan türetilen *mondialisation* sözcükleri kullanılmaktadır. Türkçe'de ise, kavram, tek bir sözcükle ifade edilmektedir (ç.n.).

(1) Bütünü için bkz. M. DEMİRALP et Mme VERSPAGET, Rapport sur l'organisation mondiale du commerce et l'application des règles de l'Uruguay Round, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe 12 Juillet 1996 DOC. 7618 25 p. ve M.J. OLOKA -ONYANGO, La mondialisation en considération de l'augmentation des incidents de racisme, de discrimination raciale et de xenophobie, E / CN.4 / Sub.2 / 1999 / 8 22 juin 1999.

(\*\*) *Déréglementation*, *règle* (kural) sözcüğünden türetilmiş olup, belirli bir alanda devletin düzenleme yetkisinin kullanımını en aza indirgeyerek, o alanı piyasa kurallarının yönetimine bırakmasını ifade eder. Dilimizde bu kavrama karşılık olarak "kural-sızlaştırma" sözcüğü kullanılabilirse de, bu sözcüğün, anlamı yeterince açık biçimde ifade ettiği söylenemez (ç.n.).

(2) 24-28 Ocak 2000'de BELLAGIO'da düzenlenen, ırkçılığa, ırk ayrımcılığına, yabancı düşmanlığına ve hoşgörüsüzlüğe karşı dünya konferansına ilişkin danışma toplantısı, 2000 A / CONF:189 / PC 1 / 10, 8 mars 2000.

3. Toplumsal ve siyasal yaşamın “evrensel değerleri”ni belirlemek, daha kolay olmalıdır. Bunların, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde özetlenmiş oldukları söylenemez mi? Aralık 1998’de İstanbul’da Profesör Kaboğlu tarafından düzenlenen bir bilimsel toplantıda, Bildirge’nin iddialı programının henüz gerçekleştirilemediğini üzümlere tespit etmiş olsak da, Bildirge “tüm halklar ve uluslar için ulaşılması gereken ortak ideal” olma özelliğini korumaktadır. İçeriğinin evrenselliği, Bildirge’den yararlanacak olanların genelliği ile güçlendirilmiştir: Herkes, Bildirge’de duyurulan tüm hak ve özgürlüklerden “hiçbir ayırım gözetilmeksizin” (madde 2), onur ve haklar bakımından (madde 1) yasa önünde eşit olarak (madde 7) yararlanabilir.

4. “Ulusal egemenlik” ise, hukukçular ve özellikle kamu hukukçuları tarafından iyi bilinen bir kavram olup, bir yandan devlete tanınan yetkinin genelliği, diğer yandan devletin uluslararası kurallara doğrudan bağımlılığı olmak üzere iki ölçüt içermektedir. Devletin yetkisinin genelliği, bu yetkinin, kurucu iktidarın kullanılması, ahlak, din, hatta ekonomi gibi her alanda geçerli olduğunu ifade etmektedir. Geleneksel olarak egemen devlet, anayasal özerklikle ve yetkilerin yetkisi (la compétence des compétences) ile tanımlanmaktadır (3).

Bu formüller hâlâ geçerli midir?

## **I – KÜRESELLEŞME VE EVRENSEL DEĞERLER**

5. Ortak ekonomik ideal olarak ortaya çıkan evrensel süreci ifade eden küreselleşme ile 1948 Bildirgesi’nin aynı ölçüde evrensel değerleri arasında bir ortaklık olduğu söylenemez mi? Bunun yanıtı, küreselleşmenin kendi getirdiği evrensel ekonomik değerleri (§3) gözardı etmeksizin, medeni ve siyasal haklar (§1) ile sosyal ve ekonomik hakları (§2) etkileyip etkilemediğine göre değişecektir.

(3) CARRE de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l’Etat, 1929, I, 88-91; G. SCHELLE, Manuel de Droit International Public, 1943, 73-81; J.DABIN, Doctrine générale de l’Etat, 1939, 111-125. Ch. ROUSSEAU, L’indépendance de l’Etat dans l’ordre international, Rec.Ac. Dt international, 1948-III.



## § 1 KÜRESELLEŞME VE MEDENİ VE SİYASİ HAKLAR

6. Kural olarak, ekonomik bir süreç olan küreselleşmenin, medeni ve siyasi hakların benimsenmesi ve tanınmasına kayıtsız kalması gerekir. Bununla birlikte, bu hakların yaşama geçirilmesi zorunlu olarak ekonomik sonuçlar da doğurmaktadır. Ancak, küreselleşmenin, aşağıdaki haklarla içiçe geçmesi mümkün değildir:

a) *Kişi bütünlüğü*: Hukuk kişiliği (madde 6), yaşama hakkı (madde 3), işkencenin ve zalimane, insanlıkdışı ya da aşağılayıcı muamelenin yasaklanması (madde 5), köleliğin ve kulluğun yasaklanması (madde 4).

b) *Ya da özgürlük ve güvenlik hakkı*: Özgürlüğün keyfi olarak kısıtlanmasının yasaklanması (madde 9), adil yargılanma hakkı ve masumiyet karnesi (madde 10), seyahat özgürlüğü (madde 13),

c) Bununla birlikte, *düşünsel haklar* (düşünce, inanç ve din özgürlüğü-madde 18) için aynı şey geçerli değildir: 24-28 Aralık 2000 Bellagio toplantısında, düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin olarak, küreselleşmenin merkezi bir unsuru olan enformasyon tekniklerinin yayılmasının, marjinal grup ve halkların bilgiye ulaşması bakımından büyük olanaklar sunabileceğinin altı çizilmiştir (4);

d) Aynı şekilde, *siyasi hakların* ve özellikle herkesin kendi ülkesinde kamusal işlerin yönetimine katılmak ve kamu görevlerine girmek hakkının (madde 2-1) da küreselleşmeden etkilenmemesi gerekir.

7. Bununla birlikte küreselleşmenin, burada sözü edilen haklar kategorisinde bile, özellikle bütün insan haklarının üzerinde yükseldiği temel olan ayrımcılık yapmama ve eşitlik ilkelerine etkileri olmuştur. Irkçılığa, ırk ayrımcılığına, yabancı düşmanlığına ve hoşgörüsüzlüğe karşı düzenlenen Dünya Konferansı'nın hazırlık metinlerinde tekrarlar üzerinde durulan konulardan biri, "ırkçı gösterilerin yeniden şiddetlenmesi ve ırkçılığın ekonomik temelleri bağlamında küreselleşmenin etkileri"dir (5). Irk Ayrımcı-

(4) A / CONF 189 / PC 1 / 10, 8 mars 2000.

(5) İnsan haklarının geliştirilmesi ve korunması alt komisyonunun katkısı, A / CONF 189 / PC 1 / 13 / Add. 1 6 mars 2000.

hğının Önlenmesi Komitesi, Konferans'ın geçici gündemine, "Ekonominin küreselleşmesinin yansımaları ve ırk eşitliği"nin konmasını önermiştir (6).

Kuşkusuz, sosyal ve ekonomik haklar üzerinde küreselleşmenin gücü daha belirgindir.

## § 2 KÜRESELLEŞME VE SOSYAL VE EKONOMİK HAKLAR

### A- Sosyal haklar

8. Piyasada tutunabilmenin temel koşulu olan rekabet, bir mal ya da hizmetin ne denli düşük fiyatla sunulursa o denli kolay alıcı bulması sonucunu doğurmaktadır. Küreselleşmeye içkin olan böylesi bir mantık; devletlere, mal ve hizmet fiyatlarının zorunlu olarak yükselmesine neden olan pozitif yükümlülükler getiren evrensel değerlerle bağdaşabilir mi?

9. Bildirge'de yer alan bu değerlerin kaynağı insanlık onurudur: Çalışma hakkı, çalışanın kendisine ve ailesine insanlık onuruna uygun bir yaşam sağlayan adil ve doyurucu bir ücret hakkı (madde 23), "çalışma süresinin makul surette sınırlandırılması ve belirli dönemlerde ücretli tatil" hakkı (madde 24), kendisinin ve ailesinin sağlığı ve refahını sağlayacak doyurucu bir yaşam düzeyi ve iş kaybı halinde güvenlik hakkı (madde 25).

10. Kamu harcaması gerektiren sosyal haklar arasında, 26. madde ile herkese tanınan eğitim hakkı da bulunmaktadır: Eğitim, en azından ilk ve temel öğretim bakımından parasız olmalıdır.

11. Bildirge'nin 22. maddesi, daha genel olarak, "demokratik bir toplum"da yaşayan bütün yurttaşların talep edebileceği sosyal hakların bir sentezini yapmaktadır: "her şahsın, toplumun bir üyesi olarak, sosyal güvenliğe ve onuru ve kişiliğinin gelişmesi için zorunlu olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla, her ülkenin örgütlenişi ve kaynakları da gözönünde bulundurularak gerçek-

(6) Konferansın geçici gündemi, İç Tüzük Tasarısı (...) A. CONF 189 / PC 1 / 2, 13 avril 2000, p 4.

leştirilmesine hakkı vardır” (7). Kuşkusuz BELLAGIO Konferansı’nda, piyasaların açılmasının ekonomiye ve çalışma yaşamına ilişkin olanaklar sunabileceğini ve kalkınmaya destek olabileceğini vurgulanırken, dene-timsiz bir küreselleşmenin sosyal haklar üzerinde ağır bir olumsuz etki yaratabilmesi riskinin de görmezden gelinmemesi gerektiği de belirtilmiş-tir (bkz. aşağıda).

## B- Ekonomik haklar

12. Ekonomik haklar içerisinde, mülkiyet hakkı üzerinde özel olarak du-rulması gerekmektedir. “Her şahıs, tek başına veya topluluk halinde mülkiyet hakkına sahiptir” ve bunun sonucu olarak, 27. maddenin 2. fıkrası uyarınca, “herkesin yarattığı her türlü bilimsel, edebî veya sanatsal yapı-tan doğan manevi ve maddi menfaatlerinin korunmasına hakkı var-dır”.143 ülke tarafından onaylanan 16.12.1966 tarihli Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme (ESKHUS)’nin 15. maddesinin 1c fıkrası, Bildirge’nin, Fikri Mülkiyet Haklarının Ticarete İlişkin Yönleri hakkındaki Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ) Andlaşması (FMHTA-1994)’nda geliştirilmiş olan formülasyonunu yinelemiştir (8).

13. Andlaşma’nın başlangıç bölümünde, fikri mülkiyet haklarının özel hu-kuk alanına dahil oldukları kabul edilmekte; madde 8 § 2’de, “fikri mülki-yet haklarının zilyetleri tarafından kötüye kullanılmasını önlemek için el-verişli önlemler alınmasının zorunlu olabileceği” hükme bağlanmaktadır. Üyeler ayrıca, bitkiler ve hayvanlar ile kendi ülkelerinde ticari kullanımın engellenmesi; kamu düzenini, ahlakı, sağlığı, insan ve hayvan yaşamını ya da bitkileri korumak veya çevreye yönelik ciddi zararları önlemek bakımından zorunlu olan buluşları, Andlaşma’da öngörülen patentin kap-samı dışında bırakabilirler (9).

(7) Fransız Anayasa Konseyi, “insanlık onurunun her türlü köleleştirme ve aşağılamaya karşı korunmasını anayasal değerde bir ilke” olarak görmüştür (343 – 344 DC BI-OËTHIQUE, 27-7-1984). Sosyal bütçelerde (beslenme, eğitim, konut, sağlık hakkı) olası azaltmalar hakkında bkz. M. FANTU CHERU, Effets des politiques d’ajuste-ment structurel sur la jouissance effective des droits de l’homme, commission des dro-its de l’homme E / CN.4 / 1999 / 50, 24 février 1999, p. 23-24.

(8) ESKHUS, DTÖ’ye üye 137 devletten 107’si tarafından onaylanmıştır.

(9) Comité des Droits économiques sociaux et culturels, la propriété intellectuelle en tant que droit de l’homme obligations découlant de l’article 15 1) c, E / C.12 / 2000 / 12 3 Octobre 2000 p 14-15.

14. İç ferahlatan bu hükümler, FMHTA'da öngörülen bütün koruma önlemlerini etkisiz bırakmış değildirler. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi'nin DIAMOND/CHAKRABARTY davasında verdiği önemli kararı (10) da bunu göstermektedir. Mahkeme, bu kararında ham petrolü moleküllerine ayırabilen genetik olarak dönüştürülmüş bir bakteri için patent alınabileceğini, bu bakterinin yeni ve özgün olma ölçütlerine uyduğunu belirtmiştir. İnsan haklarının geliştirilmesi ve korunması alt komisyonuna göre de, "FMHTA, insan haklarının asıl niteliğini ve bölünemezliğini, özellikle herkesin bilimsel ilerlemelerin ve bunların uygulanmasının olumlu sonuçlarından yararlanma hakkını, sağlık hakkını, beslenme hakkını ve kendi kaderini belirleme hakkını yeterince gözetmediğine göre, fikri mülkiyet haklarına ilişkin olarak Andlaşma'da öngörülen rejimle insan haklarına ilişkin uluslararası hukuk arasında belirgin uzlaşmazlıklar bulunmaktadır" (11). Patentle sağlanan koruma süresi, 20 yıl olarak belirlenmiştir (madde 33); markalarda ise bu süre 7 yıl olmakla birlikte sınırsız olarak yenilenebilir (madde 18). Markaya ilişkin bu süre uzatımının bazı bilgilerin kamuya mal olmasını geciktirdiği ve sonuç olarak sağlık ve yeterli beslenme gibi temel bazı insan haklarını da etkileyeceği belirtilmektedir (12).

15. Bununla birlikte FMHTA, bir evrensel değer tüm olası sonuçlarını pozitif hukuktan çıkarmakla yetinmektedir: herkesin, yarattığı her türlü bilimsel, edebi veya sanatsal yapıttan doğan manevi ve maddi menfaatlerin korunmasından yararlanma hakkı (ESKHUS, m. 15 § 1). İnsan haklarının korunması alanında etkinlik gösteren bazı uluslararası kuruluşlar ile hükümet dışı örgütler, DTÖ'nün mülkiyet hakkının korunmasından doğan nihai sonuçları böylece benimsemesinin, eşit önemdeki diğer evrensel değerlerle güçlkle bağdaştırılabilir olduğu görüşündedirler (13). Bu bölü-

(10) 477 U.S. 303 (1980).

(11) 17 Ağustos 2000'de benimsenen karar E / CN 4 / Sub 2 / 2000 / 7 rapportée in E / C.12 / 2000, 12 3 octobre 2000, p 4.

(12) Commission des Droits de l'homme, Exposé de l'Association américaine des juristes, E / CN.4 / 2000 / NGO 90, 11 février 2000, p 4.

(13) Commission des Droits de l'homme, Exposé écrit présenté par la coalition internationale Habitat et la Fédération luthérienne mondiale E / CN.4 / Sub.2 / 2000 / NGO / 14 28 juillet 2000 et exposé écrit "le Droit au développement" par Human Rights Advocates, Inc E / CN.4 / 2000 / NGO / 139, 13 mars 2000.

mü bitirirken, küreselleşmenin, Bildirge'de kabul edilen haklardan yararlanmayı olumsuz yönde etkilemesi durumunda, "herkesin işbu Bildirge'de öngörülen hak ve özgürlüklerin tam olarak uygulanmasını sağlayacak bir sosyal ve uluslararası düzene hakkı" olduğunu belirten 28. maddeyle çelişeceğini anımsatmak gerekir.

### § 3 KÜRESELLEŞMENİN EVRENSEL EKONOMİK DEĞERLERİ

16. Evrensel Bildirge'de öngörülen evrensel değerler ile küreselleşmenin ilkelerinden ve yaşama geçirilmesinden doğan değerler arasında bir ortaklık yok mudur? Bunların da evrensel oldukları ve ekonomik planda Bildirge'de benimsenen hakları tamamladıkları söylenemez mi? İfade ediliş biçimleri esas alındığında, bu soruya olumlu yanıt vermek doğru olur zira evrensel ekonomik değerler, en genel çizgileriyle, Bildirge'nin de merkezi olan özgürlük (serbesti) kavramından kaynaklanmaktadır: Bunlarla, ekonomik alanda uluslararası serbest değişimin genel olarak yerleştirilmesini kolaylaştırmak amaçlanmaktadır. Bunu sağlamak için, gümrük vergilerinin genel ve tedrici olarak indirilmesi, niceliksel sınırlamaların yasaklanması, en çok gözetilen ulus kaydının ekonomik alanda ayrımcılık yapmamanın hukuksal ifadesinden başka bir şey olmayan ulusal davranış (traitement national) ilkesi ile birlikte uygulanması gerekir: Bu ilkenin anlamı, ithal malları ile benzer yerli ürünlere karşı eşit muamele edilmesidir (14).

17. Avrupa Topluluğu içerisinde de, gelişmiş ancak Birlik topraklarıyla sınırlı bir bütünleşmenin izlerini taşıyan benzer ilkeler uygulanmaktadır. Serbest rekabet disiplini, Topluluk düzeyinde sağlanmış olup, bunun somut uygulaması, dört temel dolaşım serbestisi üzerine kuruludur: Malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin dolaşımı. Bu yeni evrensel değerler, özellikle Avrupa Birliği'ndeki insanlara cazip gelmektedirler. Birlik vatanadaşı olan işçi, öğrenci, işsiz; tüm üye devletlerin ülkelerine girebilmekte, seyahat ve özgürce, süre sınırlaması olmaksızın ikamet edebilmektedir. Küreselleşmenin evrensel ya da Avrupa'ya özgü ekonomik değerleri, pren-

(14) Th. FLORY, *L'organisation mondiale du commerce Droit institutionnel et substantiel*, Bruylant, 1999 p 33-42 ve D. CARREAU, Th. FLORY, P. JUILLARD, *Droit international économique*, L.G.D.J., 3 eme édition, 1990, p 106-120.

sipte ve hatta uygulamada, bunlardan yararlanabilecek olanlar için baştan çıkartıcıdırlar. Bazı örgütler tarafından dile getirilmiş olan çekinceler (bkz. yukarıda), küreselleşme kurbanlarının sayısını azaltmaya, buna karşılık küreselleşmeden yararlananların sayısını çoğaltmaya yöneliktir.

## **II. KÜRESELLEŞME VE ULUSAL EGEMENLİK**

18. Bu başlıktaki iki terim çelişir görünmektedir. Küreselleşme, dünyayı, evrenseli esas alırken; ulus ya da devlet, bu geniş bütünün parçaları, eyaletleridir (15). Bu durumda, çelişkiler kaçınılmazdır: Küreselleşme, devletin ekonomik egemenliğinden, otoritesinden kısmen de olsa kurtulan ulusal ekonomik piyasaların bütünleşmesini öngörmektedir (§ 2).

19. Bu sunuşun ilk bölümünde belirtildiği gibi, küreselleşme kural olarak medeni ve siyasi hakların kullanımına karşı kayıtsızdır; aynı biçimde, devletin hukuksal egemenliği de, kural olarak ya da görünüşte, küreselleşmeden etkilenmemektedir (§ 1). Bu bölümün ayrımları bunlar olacaktır.

### **§ 1 KÜRESELLEŞME DEVLETLERİN HUKUKSAL EGEMENLİKLERİNİ ORTADAN KALDIRMAMIŞTIR**

20. Öncelikle, andlaşmalar akdetmek (jus tractuum), bağımsız bir işlemlerle bu yetki devredilmiş olmadıkça, her zaman devletlerin yetki alanına girer.

a) AT Andlaşması'nın 133. maddesi (eski 113. madde) uyarınca Topluluk, ortak ticaret politikası konusunda münhasır yetkiye sahiptir ve eski 113. maddeye göre, mal ticaretine ilişkin çok taraflı andlaşmalar akdetmede tek yetkilidir (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 15 Kasım 1994 tarih ve 1/94 sayılı görüşü).

b) 25.6.1992 tarih ve 92554 sayılı Fransız Anayasal Kanunu 1958 Anayasası'nın 88-2 maddesine aşağıdaki ibareyi eklemiştir: "Fransa, karşılıklılık ilkesi saklı kalmak üzere ve 7 Şubat 1992'de imzalanan Avrupa Birliği

(15) J. OLOKA- ONYANGO et DEEPIKA UDAGAMA, la mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme, commission des droits de l'homme E / CN. 4 / Sub. 2 / 2000 / 13, 15 juin 2000 44 p.

Andlaşması'nda öngörülen koşullar uyarınca, Avrupa Ekonomik ve Parasal Birliği'nin kurulması için gereken yetkiyi devretmeyi kabul eder”.

21. Devletler, bazı andlaşmalarla yaratılan sistemlerin içerisinde, bu andlaşmaların uygulanmasında çeşitli istisnalar talep edebilmektedir. İstisnalar, aykırılıklar ve çekinceler, GATT-DTÖ sisteminin de unsurlarından biridir. XX. (genel istisnalar) ve XXI. (güvenlikle ilgili istisnalar) maddelerdeki istisnalar, ulusal egemenliğe ve her devletin kendi etik anlayışına ilişkin bazı değerlerin (kamu düzeni, ahlak ve genel sağlık, insan ve hayvan yaşamı, bitkilerin ve doğal kaynakların korunması, kıtlık durumunda bölüşüm, devletin iç ve dış güvenliğinin sağlanması) korunması amacıyla, Andlaşma hükümlerinin uygulanmamasını sağlayabilmektedir. Devletin hukuksal egemenliği, Andlaşma'nın XIX. maddesinde öngörülen, ulusal üreticilere ağır zararlar verebilecek olan dışalılara karşı korumaya, acil önlemler alınmasına yönelik başvuru olanağıyla da kullanılmaktadır (16).

22. Aynı şekilde, Avrupa Toplulukluğu'nu kuran andlaşma da, devletlere, kamu düzeni, güvenlik, genel sağlık ve genel ahlak veya ulusal zenginliğin korunmasından kaynaklanan gerekçelerle malların (madde 30), işçilerin (madde 39), hizmetlerin (madde 46) ve sermayenin (madde 58) serbest dolaşımını sınırlama olanağı tanıyan hükümler ihtiva etmektedir. Bizatihi Andlaşma'nın kendisi (madde 39 § 4 ve 45), kamu idaresi çalışanlarını, kişilerin serbest dolaşımı kuralının dışında tutmaktadır (17).

23. Nihayet, küreselleşme, verili bir ülkede ve çoğunlukla ulusal bir nüfus karşısında devletin yerine getireceği idari işlevler bütünü, bir başka anlatımla, devletin vazgeçilmez işlevlerini ortadan kaldırmamıştır. Bunlar, savunma, kolluk, adalet, maliyedir ve devlete vatandaşlık bağıyla bağlı olan kendi personeli tarafından yerine getirilir (bkz. yukarıda). Geniş anlamda idari fonksiyonların ötesinde, toplumsal ve ulusal bütünlüğün sağlanması, her durumda ve özellikle istisnai hallerde devletin yetki alanına girmektedir.

(16) D. CARREAU, Th. FLORY, P. JUILLARD, op. cit., p 133 et s; Th. FLORY, op. cit. n° 119 et s.

(17) Commentaire articles par articles de Traité UE et CE sous la direction de Ph. LEGER, 2060 p.

## **§ 2 KÜRESELLEŞME DEVLETLERİN SİYASAL VE EKONOMİK EGEMENLİĞİNİ ETKİLEME GÜCÜNE SAHIPTİR**

24. Bu başlığın çağrıştırdığı iddialar, daha çok siyasete hatta polemige ait olup, nadiren hukuksal nitelik taşırlar. En hukuksal eleştiriler, ESK-HUS'un maddesinin 1. fıkrasından kaynaklanmaktadır: "bütün halklar, kendileri üzerinde tasarruf hakkına sahiptir. Bu hak gereğince, siyasi statülerini serbestçe belirleyebilir ve ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmelerini serbestçe sağlayabilirler". Bu eleştirilere göre, bu maddede sözü edilen "ekonomik egemenlik" bir yandan uluslararası mali kurumlar, diğer yandan ulusaşırı şirketler tarafından sınırlanmış bulunmaktadır (18).

### **A- Uluslararası mali kurumlar**

25. Uluslararası mali kurumlar gelişmeye, sağlık, sosyal korunma ve çevreye ilişkin faktörleri dışarıda bırakan bir yaklaşımla, brüt ulusal üretim açısından bakılmaktadır. Aynı eleştiri, serbest değişimin insan hakları ve çevre üzerindeki etkilerini dikkate almayan DTÖ'ne de getirilmiştir (19). Canlı varlıklara ilişkin patent vermek ödevi, halkların genetik ve doğal kaynaklar üzerindeki sahipliğini sınırladığı ölçüde, kendi kaderini belirleme ilkesiyle ters düşmekte (20) ve yaşamın kutsallığını savunan kültürel ve dinsel değerlerle çelişebilmektedir.

Bundan başka, uluslararası kurumlara yönelik eleştiriler, esas olarak be-nimsenmesi borcun taksitlendirilmesinin koşulu olan yapısal uyarılama

- 
- (18) Ch. LEROY, Les rapports contemporains entre l'Etat et le marché: Essai d'interprétation, revue administrative, sept. oct. 1996, p 515.
- (19) Human rights advocate Inc, Le droit au développement, Commission des droits de l'homme. E / CN.4 / 2000 / NGO / 139 13 mars 2000.
- (20) 5.6.1992'de kabul edilen Biyolojik Çeşitlilik hakkında Sözleşme'nin 3. maddesinde: "Devletler, kendi kaynaklarını, kendi çevre politikaları uyarınca işletme hakkına sahiptirler ve bir biçimde, kendi yetki sınırları içerisinde ya da denetimleri altında yürütülen etkinliklerin, başka ülkelerde ya da herhangi bir ulusal yetki alanına girmeyen bölgelerde çevreye zarar vermemesini sağlamakla yükümlüdürler" hükmü yer almaktadır. Madde 15 1), devletlerin egemenlikten kaynaklanan haklarını ve genetik kaynaklara girişi belirleme yetkilerini tanımaktadır. Nihayet, madde 1 2)'ye göre: "tüm halklar, amaçlarına ulaşmak için, uluslararası ekonomik işbirliğinden kaynaklanan yükümlülükleri saklı kalmak üzere, zenginlikleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler". E / CN. 4 / Sub. 2 / 2000 / NGO / 14 28 juillet 2000 op. cit.



programlarını (YUP) hedef almaktadır. 1990 yılında, Afrika ve Latin Amerika'da IMF tarafından yönetilen hemen hemen 187 YUP hayata geçirildi. Eleştirilere göre, devletin rolünün azaltıldığı, déréglementation'un, kamu işletmelerinin özelleştirilmesinin sözkonusu olduğu ve serbest değişimin geliştiği bu ülkelerde sonuç, IMF ile Dünya Bankası'nın ortaklaşa egemenliği (condominium) olmaktadır.

1997 yılında yayımlanan ve "İyi Kamu İşletmeciliği" başlığını taşıyan belgede IMF, bir kurumsal reformlar yelpazesinin, özel sektöre güveni sağlamak ve korumak ve böylelikle, sürekli bir büyümenin temellerini atmak isteyen ülkeler için gerekli olduğu vakıtasından esinlenmiştir. Anılan belge, bu kurumsal reformlar arasında, Hazine'ye, bütçeye, maliyeye, sorumluluk ve hesapların denetimine, yolsuzlukla mücadele ve şeffaflık gerekliliğine ilişkin olanları vurgulamaktadır (21).

## B- Ulusaşırı şirketler

26. Aynı eleştiriler, bazı devletlerin ekonomik egemenliğini tehdit ettiğinden kuşku edilen ulusaşırı şirketlere de yöneltilmiştir. Bu işletmeler, tüm dünya pazarı ölçüsünde iş yapmakta ve bazı durumlarda mali açıdan müzakerede buldukları devletten daha zengin olabilmektedirler (22). Amerika'da 1997 yılında ulusaşırı şirketler tarafından hazırlanan ve Sahra'nın altındaki Afrika ülkelerine yardım etmek amacıyla yönelen ancak kabul edilemeyen yasa tasarısı uyarınca, yardım talep eden hükümetlerin aşağıdaki önlemleri uygulaması gerekiyordu: "yapısal uyarılama programı, DTÖ nezdinde adaylık ve bunun ölçütlerine riayet, ulusaşırı şirketlere milli muamele ayrıcalığı, iç harcamaların (sağlık, eğitim, çevre) yerli ve yabancı işletmeler üzerindeki vergilerin azaltılması, ekonominin ve doğal kaynakların özelleştirilmesi ve ulusaşırı şirketlere açılması (23).

(21) Aktaran J. OLOKA- ONYANGO et Deepika Udagama op. cit., p 12.

(22) M. EL-HADJI GUISSSE, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. La question des sociétés transnationales E / CN. 4 / Sub 2 / 2000: 12, 28 Août 2000.

(23) CETIM, Le droit au développement, commission des droits de l'homme E / CN.4 / 2000 / NGO / 99 11 février 2000.

“Serbest bölge” örneğinde olduğu gibi, bu işletmelerin belirli çıkarlar sağlamak için kullanabilecekleri nüfuz üzerinde durmaya bile gerek yok. Serbest bölge, çoklukla mali ve sosyal mevzuata istisna oluşturduğu gibi, kamu desteğinden de yararlanmaktadır: Arazinin, elektriğin ve diğer hizmetlerin bedelleri (24). Nihayet, çokuluslu şirketler bu koşullarda, süjeliğe bağlanan sonuçlar dikkate alındığında, uluslararası kamu hukukunun aktif süjeleri durumuna gelmiştir. Bu şirketler, doğrudan doğruya egemen devletle rekabet etmekte; özel yatırımcı, CIRDİ kaydının uygulanmasıyla başvurulmuş tahkim yolunda, vatandaşı olduğu devletle yatırım yaptığı devlet arasında akdedilmiş olan sözleşmeyi doğrudan doğruya ileri sürmektedir (25).

27. Bitirirken –böylesine yoğun bir konuda, bu denli kısa bir analizden ardından bir sonuca varılamaz-, 24-28 Ocak 2000 tarihli BELLAGIO Konferansı raporundan aşağıdaki alıntıya yer vermek istiyorum: “Küreselleşme, temel amaçları kârlılık ve sermaye birikimi olan özel sektörün tekelindedir. Bu amaçlar, kamusal işlerin sosyal adalet ve hakkaniyet ilkelerine göre iyi idaresi amaçlarına ters düşmektedir. Küreselleşme, özel sektöre geniş bir yer vermekle devletin rolünü azaltmakta; daha doğrusu, devletler uluslararası ve ulusal şirketlerin, yabancı yatırımcıların ve devlet dışı aktörlerin davranış ve faaliyetlerini düzenleme sorumluluğundan vazgeçmektedirler. Küreselleşmenin ulusal düzeyde benimsenen yasa ve politikalar sayesinde somut olarak gerçekleştiği dikkate alınacak olduğunda, devletin sorumluluğu ortadadır. Yoksul ülkelerin özel yatırımcıları cezbetmek amacıyla, özellikle çevreye ve sosyal korunmaya ilişkin düzenlemeler konusunda normlarını, yatırımcıların kendi ülkelerinde uymakla yükümlü olacakları normlara göre aşağıya çektikleri ‘aşağıya doğru yarış’ olgusu önem taşımaktadır” (26).

Çeviren : Ar. Gör. Burak ÖZTÜRK  
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

(24) M. FANTU CHERU, op. cit. p 25.

(25) PM. DUPUY, Droit International Public, Dalloz, 1998 n<sup>o</sup> 2, 25-1 ve özellikle n<sup>o</sup> 600-1 p 590-991. Yazara göre, “Uluslararası yatırımlar hukukunun ağır yöneliminin kaynağı, yatırımcı işletmenin ev sahibi devlet karşısında özgürleşmesidir” p. 591.

(26) A / CONF. 189 / 1 / 10, 8 mars 2000.

Başlamadan önce bir konuyu vurgulamayı unuttum. 5 kişiyiz; dolayısıyla zamana biraz uyulmasını rica ediyorum. 15 dakika en geçerli olan zamandır, ama mümkünse 20 dakikayı geçirmemeye çalışınız ki konuşmalar sonucu katılım olanakları daha zengin olsun. Teşekkür ederim.

İkinci konuşmacımız Prof. Dr. Slobodan Milacic. Bordeaux-IV Üniversitesinde Profesör, Kamu Hukuku Komisyonunda Başkan Vekili, Balkan Araştırmaları Enstitüsünde Müdür, Bordeaux Üniversitesinde Bilim Konseyi Üyesi, Siyaset Bilim ve Kamu Hukuku Mastır Bölümü Sorumlusudur. Teşekkür ederiz.

Buyurun Sayın Milacic.

## **Prof. Dr. Slobodan Milacic**

Balkan Araştırmaları Enstitüsü Müdürü, Montesquieu Bordeaux-IV

### **Bütünleşme**

### **Evrensel Değerler Ve Milli Egemenlik**

## **YENİ KARMAŞIKLIĞA MEYDAN OKUMAYA KARŞIN YENİ HUKUK DEVLETİ**

Başlığın üç sözcüğü eski devlet sınırlarını aşan modern bir çözümsel alanı belirtmektedir. Görünüşte uluslararası ilişkilerin, dolayısıyla normalleşmelerin Dünya çapındaki boyutu bunları kendi içeriğine çekmektedir. Belirtilen ilk problematik şu olacaktır: Yükselen evrensel değerler ile gerileyici ama onlara dayanan milli egemenliklerin arasındaki yeni diyalektik gerilemesidir. Bu, yeni yüzyıla gelen bir gelişmedir; yeniliğin “yeni düzeninin” bu çelişkinin sentezi hakkında geleceğe yönelik tasavvurlarda bulunmak kasıtlı olur. Şimdilik bu bütünleşme, daha çok kesimsel (eko-

nomik) ve açık bir olay olarak kendini göstermektedir (söylev). Milli Egemenlik hem (hukuki) yasal konuşmalarda hem de (siyasi) davranışlarda dayanmakta iken, ilk soruda hukukun açıkladığı ve teyidi sayılan siyasi gerçekte bu uzlaşmanın az çok yasal anlamını ve somut kapsamını değerlendirmeye çalışacağız. Fakat eğer Devlet pozitif hukukta ve yasal anlamda az çok egemen kalırsa , yine de Ulusal Hukuk Devleti kendi iç alanında yapısal veya sistemli siyasi garanti olarak demokrasiye ihtiyaç duymaktadır. Bu vesile ile burada hatırlanmalı ki Demokrasiye gelince o da “ekonomik değişkene” çok bağlıdır. Ve daha genel olarak demokratik sistemin onun gerçek anlamını ve etkisini sağlayan bir “kültürel gübre” içinde yerleşmektedir ve bunun için: İlk önce demokratik sistemin birinci gereği olan siyasi özerkliği kolaylaştırmak gerekir; çünkü demokrasi ilk önce farklı, zıt, çelişkili değerler fikirler ve menfaatler arasında uzlaşmayı sağlamaya yönelik ve hukuken çevrili olan bir siyasi düzen olmuş iken tüm kültürlerde bu özerklik kolaylıkla sağlanmamaktadır.

Yeniliğin ritminin hızlanmasıyla ağırlaşan bu değişkenler arasında gerileme özellikle “geçiş” veya “birleştirme” aşamasında Hukuk Devletinin kuruluşu üzerinde büyük bir baskıya neden olmaktadır, bu aşamalar da çok nazik veya geçici “yapılış” aşamalarıdır. Demokrasi, “tecrübe derslerini” akla uygun yani “soğuk” olarak kendine dahil ederek yüzyıllık veya on yıllık süreler içinde oluşmuştur. Bu gün “rasyonelleşen yeni anayasa dönemi”, hukuk bilimi ve kurumsal çalışmanın sayesinde “yukardan” yönetilen karmaşıklığın tüm engellerini aşmayı tasarlarken, sıkıntılı olmaktadır. Uluslararası ve iç çevrenin baskısında ki “ekolojik” hipotezden başlayarak karmaşıklığın problemi üzerinde durmayı öneriyoruz. Baskı her şey de olduğu gibi dengesizliğe de neden olur. İşlemselin yerine simgeseli ,temelin yerine yüzeyseli, gerçeğin yerine biçimselliğe ayrıcalık tanıyıp, en zorun zararına, en kolaylığı sağlanmaktadır. Bir terimle “bildiri etkisi” “oyuncuların” stratejisinin zamanı olarak geçer. Oysa demokratik Hukuk Devleti burada incelenen tüm önemli parametrelerin yapılışında eş zamanlaştırmayı gerektirmektedir. Burada güncel oldukları için ve eğitimsel ve jeopolitik yaklaşımları için komünizm sonrası örnekler verilecektir. Hepsisi de Avrupa Birliğine giriş adaylarıdır. Bu da birleşmenin ritim baskısını hızlandırmaktadır.

I. Bütünleşme, Evrensel Değerler ve Milli Egemenlik.

## HIZLI BİRLEŞMEYE DOĞRU ULUSLARARASI ÇEVRE BASKISI

Tabii ki baskı düşüncesi sadece küçümseyici yan anlamlar taşımamaktadır. Verilen örnekler ve destek lojistiği olarak yapılan tüm yardımlar sayesinde, yasal sayılan yöntemlerin hızlanması anlamını da taşıyabilir. Fakat baskı fikri daha çok hız gereği anlamı içerir. (Yani bizim “yenilik –sonrası”nın ünlü acil zorbalık anlamı!)

Fakat bu hız örnek verilen model üzerinde az çok mekanik veya çizgisel sıralamayı kolaylaştırmaktadır, düşünme ve “zamana ” uyma çalışmasını kolaylaştırmamaktadır, bu çalışma da daha iyi yasallaşma ve dolayısıyla “Hukuk Devleti” adını alan tüm sistemin başarısı için gerekmektedir. Bu baskı tüm seviyelerde yapılmaktadır; (Siyasi ,ideolojik ve bilimsel ) konuşmalarla ve yapılış içinde ki uluslararası ilişkilerin “ekonomik ,siyasi veya hukuki” ”oyuncuların” stratejileriyle.

Baskı, Ulusal Devletin yasallığını ve pek kutsal olan egemenliğini gerçekleştiren evrensel değerler adına uygulanmaktadır. Bu egemenlik, göreceğimiz gibi bu nedene dayanmaktadır. Ama bu dayanış, Hukuk Devletinin Ulusal veya kültürel “alanıyla” uzlaşma içinde kalmak amacıyla yeterli özerklikle gelişebilmeleri için yeterli midir.? Modelin alana uyması, bizim Hukuk Devletinin başarısı için temel şart olarak kalmaktadır. Çünkü demokrasi, bu güne kadar sadece siyasi birleşmenin tercihi olan ulusal devletlerin içinde gelişebilmiştir. Ayrıca, bilimsel ad, “Hukuk”tan önce “Devlet” kelimesini taşır. Bu durum karşısında bütünleşme olayının güncel gelişmesini nasıl anlayabiliriz?

### 1. “NAZİK” MODEL OLARAK BÜTÜNLEŞME

“Küreselleşmeden” daha çok tercih edilen bütünleşme kelimesi, hazırlanmış kavramdan (ve daha az siyasi veya hukuki olan teoriden) daha çok bir kelimedir. Buraya kadar “tüm toplum” kavramı siyasetçiler tarafından Ulusal Devlet olan siyasi toplumu belirtmek için kullanılmıştır. “Tüm” denmektedir; çünkü en iyi kapsayan; en iyi içinde toplayan; en iyi düzene sahip olan bir toplumdur. Uluslararası alanda hiç benzeri olmayan

bir toplumdur. Ulusal Devletin en üstün yani hukuken egemen olan siyasi gücün tek kararı idi.

a) Bu gün çok kullanılan ve dolayısıyla çok değişken olan “bütünleşme” kelimesi uluslararası yeni düzenin anabilimi içinde birinci sırada yer alır. Bu kelime ekonomi politiğin, rejimlerin ve hukukların küreselleşmesini sağlayan bir yöntemi belirtir. Bu belirtme de minimum olarak liberal olan düşüncede demokratik olan Hukuk Devletinin ve piyasanın (pazarın) “gelişmiş” batı modeline göre yavaş bir sıralama ile yapılmaktadır. Bizim için demokratik teorinin karşısında bütünleşmeyi, (fikir olarak ) onaylı ve benzer olan Hukuk Devletlerinin az çok yerleşmiş, yani geri döndürülemez olan bütünlükle ayırt etmek gerekir. Yani “piyasa” olarak her şeyi gösterirsek , açık bir durum gözükür: Hukuk Devleti evrensel olarak istenilmektedir. Bir yandan çok ilerleyen demokrasiler(yani modern sonrası olanlar) tarafından , model “teklifi” var. Diğer yandan neredeyse evrensel açık bir “istek”var. Ama piyasa her zaman tamamen bitmiş değil ve ithal edilen “mal” da uygun bir kullanılışa sokulmamaktadır! Tüm “piyasa” bu gün gerçek olmaktan daha çok sanaldır. Yani en güvenli olan bütünleşme ekonomiktir; ve daha da... Bu da ilk önce finansal biçimde yani tasavvuri veya sanal biçimde kendine göstermektedir. Örneğin; bu bütünleşme mevcut olan malların, yüzden fazla olarak geçen borsa rakamlarını “yönetir”!

b) Bütünleşmenin bu durumundan şimdi ne tür bir geçici ve “nazık” sonuç çıkartabiliriz? Görülebilen demokrasi hakkındaki tehlikeler hakkında konusunda, bütünleşmenin şimdiki ilerleme durumu, en az bizim alanımızda demokratik güçler olan Devletlere stratejik kullanma imkanları bırakıp dikkatliğe çağırmaktadır.

Demokratik yapılışın tercihidir. Bu görüşle belki de bütünleşmenin “bütün olarak yerleşmiş” zorlayıcı bir olaydan daha çok, bütünleşme bir konuşma olduğu için kendimizi tebrik edebiliriz mi? Bütünleşmenin şimdiki yönteminin içerdiği dinamik, en az gizli, ama az gösterilse dahi görülebilen bir tehlikeyi dikkatlerini çekmektedir.

Ritimlerin, sürelerin yani zamanın baskısı olan “yenilik” hakkındaki “güncel” eleştiriler tarafından belirtilen bu “acil zorbalık” bizim açımızdan büyük hasarlara neden olabilir.

Hukuk Devletinin yeniliği için az çok iyi hazırlanmış ulusal kültürler ve toplumların karşısında, bu uluslararası baskı, Anayasal Demokrasi hakkında uygun olaylar ve biçimsel vaatler arasındaki farklılıkları oluşturur. Bu baskı simgesellikten yani ideolojik ve hukuk kuralından ,siyasi düzenlemenin işlemselliğinden daha çok tercih edilen yeni dilde kaymalara neden olabilir. Tüm bunlar ,zorlanan ritmin takibinin güçlülüğünü örtmek için Devlet erki, hukuki ve siyasi simgesel hareketlerde, kötü, uygun-suz stratejilere neden olabilir. Bu tehlike, geleneksel veya ideolojik sistemleriyle belirtilen kültürel “gübreler” üzerinde tamamen gerçektir.(Bu sistemler siyasi hükümet modeli olarak simgeseli uygulayanlardır.) Bu durumda “Hukuki Hile” gücün (erkin) stratejisi olarak kurulabilir. Böylece şizofreni sistemlerin eski kağıdını bulabiliriz: Buna göre konuşma ve olay, dengenin dinamiği etrafında kavuşmak istemezler; ama simgesel konuşma zayıfı örtmeye onun yerine geçmeye ister Bu durumda, böylece siyasi veya hukuki kuralcı konuşma, olmuş bitmiş birinci olay yerine geçmeye istemektedir. Daha genel “yenilik” bir olay bulunur: Burada simgesel “bildiri etki veya “ilan”, siyasi veya Hukuki yapıya göre daha üstündür. Bu olay, akılcılığın yani simgesel olamayan siyasi ve hukuki düzenlemelerin etkisinin, demokratik gereği konusunda tehlike oluşturmaktadır.

Bizim belki de daha çok liberal olan demokratik görüşümüzde, yasal bütünleşme, somut ideolojik ve siyasi içerikten daha çok barışçı birliğinin yani kohabitasyonun yöntemleriyle ve değerleriyle ilgili olmalıdır. Bu anlamda demokrasi, değerlerin somut içeriğinden daha çok farklılıklar arasında ki -“tahkim”- bir yöntem olarak anlaşılmalı. Dileyelim ki İnsanlık yeni yüzyılın ileriki günlerinde İnsanın Temel Özgürlüklerinin ve Vatandaşlık Temel Haklarının “ortak bir malı”üzerinde kesinlikle yani hukuken anlaşabilsin!

## 2. EVRENSEL DEĞERLER KÜLTÜREL GÖRECELİKLERE AYKIRI DEĞİLDİR.

Evrensel değerler gerçekten dünya çapında anlaşımsal olsalar bile, diğer “özgül” değerlerin sınıflandırılması üzerine yapılan “farklılığa” riayet isteyen kültürel göreceliklere aykırı değillerdir. Demokratik felsefede Tabii Hukukun ve önceki yüzyılların değişikliğine bakmaksızın, sadece ilgililer tarafından böylece tanınan ve seçimsel ile hukuki yöntemlerle yar-

gılanan yasal değerler mevcuttur. Bunu hatırlattıktan sonra, demokratik olarak tanımlanan ve denetlenen evrensel değerler, farklı olan kültürlerle aykırı değildir. Demokrasinin dehası uzlaşmanın evrensel yöntemini vermektedir. Ancak ilk şart siyasi ve hukuki düzenin kabul edilmesidir. Demokrasi, nispeten benzer anlaşımsal bir toplum ve siyasi kararların çoğulcuğu arasında ki uzlaşma yönteminin kuralları ile ilkelerinin üzerinde anlaşımsal bir toplum tasarlamaktadır (veya daha önce tasarlamakta idi?). Yani siyasi özerkliğin yöntem ve yönlerini alıp farklılıkların karşılaştırılmasının siyasallaşmasını kabul edenler ve de "siyasi dilin oyununu" oynamayı kabul edenler! Böylece siyasetin konuşmaları, "oyuncuları" kurumları, hukuk ve personelleri söz konusudur. Bu siyaset de Devlet gücünü (erkini) veya kamu siyasetlerini içeren ve uygulayan bir siyasettir.

Siyasetin aracılığı (ve hukuki diğer egosu) burada önemlidir. Sadece bu, şimdiye kadar çatışmanın "hoş", "uygar" yönetimine izin vermektedir. Çünkü bu aracılık, "din savaşlarının" (burada laik) kaynağı olan tüm ideolojilerin karşılaştırmasından daha çok özel siyasi fikirleri tercih etmeyi benimsemektir. Siyasallaşma da beklenileni, bütünleştirme yerine bölmeye zorlamaktadır. Fakat bu siyasallaşma "sosyolojik belirsizlik" içinde oluşan ikinci ve özel siyasi kimliğine girmek için sosyal, yani sosyolojik olan ilk kimliğini aşmayı istemektedir.

Siyaset sosyolojik bir "melting pot"u; yani daha iyi bir uzlaşmaya gerektiren olan sosyal bir "adsızlığı" organize etmekteydi. Siyaset, insanların kendini düşünmesi yerine başkalarını düşünmeyi tercih etmektedir. Kimliklerin veya siyasi "beklentilerin" karşılaştırılması böyle daha az "önemli", zorlayıcı veya kötü olmaktadır. Uzlaşmayla "tahkim" kolaylaşmış bulunmaktadır.

- a) Eğer demokratik sistem kurucu siyasi bir anlaşmayı isterse, bu genelleşmiş bütünleşmiş bir uygunluk biçiminde kültürel benzeşmeyi içermemektedir.

Demokratik evrenselcilik siyasi özerkliğin sayesinde, çok farklı olan tüm kültür ve uygarlıklarıyla denenmiş olan bağdaşmasıyla doğrulanır. Nüfusla ilgili boyutunu düşünüp "dünyanın en büyük demokrasisi" olarak nitelendirdiğimiz Hindistan'ın durumu böyle



değil midir? Ama Hindistan uygarlığın farklı kültürleri “batı” denilen uygarlığın Anglosakson veya Latin kültürleriyle ilgisi yoktur.”Meji” uygarlığın Japonyası, 1946 yılında böyle bir Anayasa ile donatıldığında, parlamenter demokrasiye tamamen yabancıydı. Demokratik başarısı, Latin İtalya’nın başarısından daha az değildir. ABD de çok bağdaşık olan “siyasi toplumla” birlikte yaşayan ,kültürel bir “Melting pot” değil midir?

- b) Bu konuyu tamamlamak için, şunu gözetmeliyiz: Demokraside siyasetin özerkliği, değerlerin konusunu ortadan kaldırmamaktadır. Siyasi sistem, birkaç teknik ilkelerle veya “oyun kurallarıyla” özetlenemez. Her zamanki gibi teknik ve yöntem ideolojik olarak hiç tarafsız değildir. Bunlar etkilendiği ve de araçları olduğu değerler her zaman bellidir. Demokrasi siyasi alanda böyledir. Bağımsız ve özgül olsa dahi ,bu siyasi alan kendine özgü birkaç değer içermektedir; bunlar demokratik sistem veya siyasi kültür anlamında “sistemik” veya “kültürel” değerlerdir. Bunlar bağımsızdır ve “genel kültürden” nispeten ayrılabilirler. Daha çok kolaylıkla yapıcı olup bunlar siyasi zamanla ve siyasi alanla sınırlanırlar. Örneğin; benzerliğin gibi farklılığın görecelik anlamı söz konusudur. Değerler sisteminin göreceliği kavramı (inaksal olmayan) daha çok uygulayıcı yöntemi kolaylaştırmaktadır ve göreceli bir anlayışa veya ideolojik bir mesafeye neden olmaktadır. Gerçek kültürel görecelik budur: farklılıkların farkına varma ve onlara riayet etme ; ama bunların dogmatizması değil. Farklılıklar ile benzerliklerin; evrensel ile özgüllüğün arasındaki esnek sınırın düşüncesidir. Görecelik, ilk önce Öteki veya Farklı olanın anlayışının zihinsel mekanizmasından doğmaktadır. Böylece bu da, demokrasinin diğer “sistemik değeri” olan hoşgörünün tepkisiyle beraberdir. Hoşgörü, bir ihtiyaç olduğunu tasarlırsak, içinde daha çok önemli olduğu siyasetten düz geçip,kolaylıkla gerçekleşebilir. Hoşgörünün kültürü, demokrasinin iyi işlemesini gerektirir. Ön şart olmasa da, bu hoş kültürel seviyede siyasi ve hukuki demokrasinin kuruluşunun yanında olmalıdır. İdeolojik değerleri ilgilendiren hoşgörü, zaman eşdeğeri olan sabrı içermektedir. Çünkü ,demokraside “siyasetçiler” başkalarını yani “ortak rakiple-

rini “yasal veya kanuni konuşma sürelerinin sonuna kadar dinlemeye davet edilebilirler.

Siyasetçiler daha iyi bir anlaşmaya varabilmek için ileriki bir fırsatı kollamaktadırlar. Sistemik değerlerin minimumu, Vatandaş veya İnsan haklarının “uygarlık” az çok bireyci veya ortak, başka deyişle liberal veya sosyal kavramları arasında ki farklılıkların sorununu çözmeye olanak sağlar. Demokrasi, böylece belli gerilmelerin çözüm anahtarı olan siyasi değerler ve yöntemlerdir. Bu gerilmeler bir yandan liberal şeklinde tanımlanan evrensel değerler ile “kültürel görecelik” adına karşılaştığı direnmeler arasındadır. Diğer yandan demokratik modelin verdiği siyasi düzenleme , evrensel değerlerin ve onların somut içeriklerinin varlığı veya yokluğunun farklı kavramları konusunda tartışmaya olanak sağlamaktadır.

### 3. “MİLLİ EGEMENLİK” UYGUN BİR MODEL OLARAK KALMAKTADIR.

Fikir olarak hem yasal, hem de halen “ Devlet işi” olan demokratik oluşumun stratejisi olarak nispeten gerçekçi olan bütünleşme ve onunla birlikte olan evrensel değerler, Devletler üzerinde bir baskı uygulamaktadırlar. Bu olay, eşitsiz dağıtılmış olsa da çok biçimli ve de çok yönlüdür. İdeolojik , siyasi ve hukuki bir baskı, “demokrasiye doğru geçiş” ile adlandırılan devletler üzerinde uygulanmaktadır. Devlet egemenliği, çevredeki ve bazı “sabırsız” olan evrenselliğin karşısında, karşıt bir işlem uygulamaktadır. Devlet yani ulusal toplulukların koruma statüsü, dünya çapındaki uygun olan gerekleri farklı isteklere ve yerli imkanlara göre ayarlayıp, gerçekçi ritimleri ve yerli kültürleri korumayı sağlamaktadır. Bu sunulan problematik üzerinde durup, “Milli Egemenlikler” üzerindeki ünlü gerilemenin belirsizlik prensiplerini tartışalım. Bu sunulan bildiri siyasi veya hukuki; (ideolojik veya bilimsel de olsa) tespit edilen olay ile istenilen fikir arasında ve gerçeklik ile yasallığın arasında yer almaktadır; çünkü egemenlik, liberal hukuk devleti olan temel hukukların evrensel yayılmasına bir engel olarak gösterilmektedir.

Oysa devlet kadrosu, anayasal veya siyasi “yurtseverliğin” temeli üzerinde aşağıdan gerçekleşen demokratik gelişmenin önemli başlangıcı gibi de-

ğerlendirilmemektedir. Dolayısıyla , tespit edilen gerileme de az çok zımnen istenilen gerilemedir. Böylece bu durumu, başka bir şekilde açıklamamızda yarar vardır.

- a) Egemenliğin “krizi” gerçek olmaktan daha çok görünüşte kalmaktadır. Ayrıca, hakim olan konuşmalarda, kriz terimi, “gerileme” fikrini içermektedir, oysa kriz zamanına uyan dengesizlik başka alanlara ve başka biçimlere doğru “değişim” anlamına da taşıyabilir! Burada normal olarak daha çok açık bir kavrama verilen tek anlamlı bir yan anlamı söz konusudur. Egemenliğin bu “gerilemesi” daha çok “Avrupa Merkezinin” bir meşguliyetidir. “Paylaşma”, “transfer”, “vazgeçme” biçimindeki egemenliğin farklı sınırları, Avrupa Birliği içindeki bütünleşmenin hukuki güncelliğine bağlı olmaktadırlar. Ayrıca bazı zaman, Devletler, egemenliğin bu “transferlerini” daha kolaylıkla kabul etmektedirler; ve böylece kendi güçlerini hükümetler arası organların ve anlaşmalı veya oy birlikli kararların biçiminde bulmaktadırlar... Egemenliğin gerçek “kaybının” diğer durumlarında başka ve daha ciddi bir soru söz konusudur: Bu soru demokratik yasakla ilgilidir. Eğer Ulusal Devletler egemenliğinin gerilemesi ,halkın gerilemesi anlamına gelmezse, o zaman şu soru akla gelir: Hangi “transfer” adına , hangi “egemenin” veya “ egemen” sonrası yararına olur? Sonunda bu egemenliğin gerilemesi, Avrupa’daki ünlü demokratik eksiklikler gibi küçümseyici etkenleri içermez mi? Şimdi Hukuk Devletinin kuruluşunda bir umut var. “Ortaklık” veya uluslararası “kurumlar ” söz konusu değil. “Mesleki düzen” veya “şebeke” de değil .

Devlet, gücün ve demokrasinin prensipal “karşılıklı” kuruluşu olarak kalmaktadır. Başlangıçların ve güç biçimlerin kayması bildirilen bir gelişimdir. Borsada olduğu gibi veya sanallığı gerçeğin üstüne koyan çevremizde olduğu gibi “günün akımını” çok genelleştirmek kasıtlı olur. Fakat egemenlik daha çok mağdurların korunmasına dayanmaktadır.

- b) “Egemenlik” direnmeleri belli bir yasallıktan yararlanmaktadırlar. Egemenlik, uluslararası Hukukun **prensipal** kurucular arasında yer almaktadır; günden güne daha çok eşitsiz olan kuvvetler ilişkisinin pratiği ve evrenselliğin ideolojik baskısı bu egemenliğe çok

ciddi darbeler uygulamasalar bile, bu egemenlik “pozitif hukuk”a bağlı olmaktadır ve yürürlükte kalmaktadır. Pratikler yeterli anlaşmayla ile her zaman zorunluluğu onun en belirgin gösterişleridir. Adaletin uluslararası olmasının ve Uluslararası Adaletin farklı görüşlerinin yeni yayılması şeklindeki gösterişler, aynı harekettendir. Fakat evrensel hukuk kuralı, bazı özel siyasi ve askeri hareketleri ve müdahaleci ideolojik konuşmaları takip etmekte zorlanmaktadır. Bu hukuki terslikten yararlanıp, “anti küreselleşme” hareketleri Seattle’de, Prague’da, Porto Alegre’de ve başka yerlerde, ilk bütünleşmeye bir diyalektik cevap gibi, başlamaktadırlar.”Anti Bütünleşme”de bütünleşir: Fakat konuşmalarda veya örgütlenmelerde, “Milli Egemenliği”, siyasi ve hukuki alanda “insanlık boyutun” en uygun “çerçevesi” olarak adlandırılmamalıdır. “Egemenlikler” azınlıkta olsalar dahi, Devletlerde bütünleşme için savaştan diğer Devletlerde, bu egemenliklerin daha çok sayıda olduğunu hatırlatmamız gerekir mi? Fakat kuvvetler ilişkisi, bağımsızlaşmadan gelen yeni genç Devletlerde “ve onlara çok bağlı olan Eski Komünist Devletlerde bilakis farklıdır.

Devletler, egemenlik statüsüne ulaşıp bağımsız devlet olmuşlardır ve bugün Egemenliği bir koruma gibi düşünmektedirler. Çoğu evrenselciler arasında, Sovyet Rusya ,Yugoslavya ve Çekoslovakya da olduğu gibi çokuluslu Devletlerin parçalanması, daha benzeşik,dolayısıyla demokratik Hukuk Devletlerin kurulmasına daha uygun “toplulukları” doğurup İnsan Hakları ve Demokrasi olayını kolaylaştıracağı düşünölmektedir.

Pek çok bağımsızlıkçı veya ayrılıkçı hareketler İnsan Haklarının ve Demokrasinin bayrağı altında olarak bu yolda kalmayı istemektedirler. Çoğu zaman kamuyu teyid vesilesi ile evrensel değerlere eş azınlık gruplar için ekonomik ve kültürel özgürleşmenin modern hukukları söz konusudur. Evrensel değerler, Hukuk devletleri tarafından benimsenmek için Devletlere ihtiyaç duymaktadırlar. Böylece “yenilik” olan bu “kutsal yaratığın problematiğın iç alanına değinmekteyiz.

Uluslararası çevrenin etrafındaki baskı, hem fikirler üzerinde anlaşılmaz hem de olaylar üzerinde nispeten kesinleşmiş kalmaktadır, böylece, "ulusal"-veya benzeşik- kültürleri taşıyan Devletler, çevreye az çok adapte olan anayasal demokrasi modelleri üzerinde daha tartışabilirler.

## II. EKONOMİ, SİYASİ KÜLTÜR, İÇ ÇEVRENİN BASKISI, İÇ DİRENMELELER....

Çağdaş Hukuk Devleti karmaşık bir olaydır. Bütünleşmenin adını veren ünlü "yenilik sonrasının" sözünde, bu çağdaş Hukuk Devleti sadece demokratik olarak anlaşılmalıdır.

Serbest dürüst ve düzenli seçimlerle ve gerçek yandaş yani rakipçi çoğulculukla böyledir. Ama siyasi düzenden ayrılmayan bu yeni hukuki düzen boşlukta değil de, Montesquieu' e ait "Kanunların Ruhunu" anlamında olan ruhunu veren kültürel bir çerçevenin içine girmektedir. Bu ruh ise hayatın maddi şeylerine bağlıdır: Yenilik sistemleri üzerinde ve özellikle hukuk devleti üzerinde ekonomik olasılıkları söz konusu olmaktadır.

Yeni bir yüzyılın veya yeni binyılın başlangıcında, Hukuk Devletinin kuruluşu hakkındaki problemleri iyi anlayabilmek için, en son tarihteki komünizm sonrası tecrübesi izlenebilir. Bu tecrübe, ekolojik adımı verdiğimiz daha anlayışlı bir görüşe açılmak için içe dönüklülüğe iten hukuki pozitivizmden çıkma gereğini bizlere öğretir; çünkü, hukukun başarısı çevresinin özelliğine bağlıdır.

Özellikle Anayasal Hukuk Devletlerinin yeni modellerinin sanal statüden gerçek statüye geçmelerini istersek, hukukçular için de "karmaşıklıkla ünlü dizisi"ni içermek gerekir.

Çünkü, sosyal alanın imkanlarından ayrılan çok büyük bir hukuki özeniş, "eskisi" gibi bozulmalara neden olabilir. Hukukun sosyal kullanışı, kuraların işlemselciliğinden daha çok onların simgesel hareketlerine neden olabilir. Böylece bu konumuza siyasi değişkenin yanına ekonomik ve kültürel parametreleri de eklemek gerekir. Bir çok disiplin metaryelleri olmadan modern bir teori yoktur! Sadece bu, anayasal demokrasinin başarısı, ekonomik ve siyasi ve kültürel değişkenler arasında ki tüm doğru

dengeler ile ve özellikle kuruluşlarında ki senkronizasyonuna ne kadar bağlı olduğunu bize anlatmaktadır.

## 1. LIBERAL DEMOKRASİNİN MANTIKSAL EKONOMİSİ

Demokrasi ve serbestliği içeren Hukuk Devleti mutlaka ekonomiyle ilgilenmelidir; çünkü ekonomi, hukuki başarının şartları arasında yer almaktadır. Hem eksikli bir ekonomi hem de yoksulluk çerçevesinde ki (kültürel) ekonomi ikinci, üçüncü ve dördüncü kuşaklar için bir inandırıcılık taşıyor mu?

Fakat bu durum pek çok komünizm sonrası ülkede mevcuttur: Örneğin Sovyet Rusya, Sosyalist Yugoslavya, vs. Ayrıca eğer Hukuk Devleti bu gün mutlaka demokrasiden geçerse, demokrasi de kendi ekonomik kanunlarına sahiptir. Böylece Hukuk Devletinin modern bilimi “ekonomi” yi düşünmeli; siyasi strateji de geçiş ekonomiye yardım etmelidir.

a) Vazgeçilmez bir değişken olarak Hukuk Devletinin ekonomisi.

Liberal ile demokrasi ekonomisi mevcuttur. “Belli bir yön gösteren kanunları”veya “bağıntılı kanunları burada hatırlatmak, “gerekirci” olmak değildir. Bu kanunlar, demokrasi’nin gelişmesinde siyaset ve hukuk üzerinde ki ekonominin etkilerini bize bildirmektedirler. “Piyasa ekonomisinden” konuşmak moda oldu. Bu da demokrasinin bağlı olduğu kapitalist sistemi belirtmektedir. Demokrasi olmadan kapitalist ekonomi mevcuttur. Fakat kapitalizm olmadan demokrasi yoktur. “Ekonomik demokrasi”veya “sosyal bir Devlet” için kapitalizm sistemlerinin düzenlemeleri hakkında tartışıl- sa da bu ilişki önemli bir ilişkidir. Demokrasi ve kapitalizm arasındaki bu ilişki prensip ve başarı nedenlerine göre anlaşılır. Bu, az çok uygarlaşmış rekabetin ilkesidir. Demokrasi genelde anlaşmalı ve “ortak -rakipler” tarafından da böyle düşünülen oyun kurallarına uygun yasal siyasi bir rekabet sistemidir. Başarı nedeni bu günkü demokrasiler yani eşit toplulukların ihtiyacını gidermek için gerekli üretkenliklere bağlıdır. Siyasi ve ekonomik sistemlere ortak olan belli bir rekabete dayalı mantığın gereği gelişmenin uygun seviyesi ile ikileşir. Demokrasi ve gelişme, etkileşim veya iş birlik durumundadırlar. Tabii ki tarihte İsviçre “gelişmiş ekonominin” durumunu göstermeden kendisi demokratiktir. Dünyanın en büyük demokrasisi”olan Hindistan bu gün gelişmiş bir ekonomiye sahip de-

ğildir. Fakat Hindistan'ın demokratik işlemselliğini daha ciddi değerlendirilse de, burada nadir istisnalar “ters” bir kuralı doğrulamaktadır. Komünizm sonrasındaki gelişmelerde böyle bir duruma tam rastlandı.

b) Komünizm sonrası gelişmeler hakkındaki dersleri çok eğitimseldir.

Demokrasi ve onun Hukuk Devleti komünizm sonrasında çok kötü durum içindeydiler: Bu durum öncelikle komünizmden kalan sonrada bölgesel sonuçları olan sivil savaşlarla ağırlaştırılmış ve de özelleştirmeye kararsız bir ekonomiydi. Fakat demokrasinin (rekabetçi pazarlama hakkında) nitelik ve (hayat seviyesi hakkında) nicelik bakımından yetersiz bir gelişmeyle birleşmesi zordur. Günlük hayatın ilk ihtiyaçları ve eşitsizliklerin ağırlaşması karşısında ki güçlüklerden dolayı gerilme, fikirlerin tartışılması ve siyasi katılım için kullanılabilirliği kolaylaştırmaz. Hem Devlet ve Vatandaşlar arasında hem de (siyasi ve hukuki) “oyuncular” arasında ki demokratik ilişkilere gerekli olan güven ortamının oluşturulmasını engellemek için toplumsal durumla ilgili farklı krizler de eklenmelidir. Ekonomi, “budunsal” veya ulusal azınlıkların problemini belirten veya toplumsal olarak “çok belirten” bir nedendir. Bu azınlıklar, aleyhlerinde olan ekonomik durumla ilgili sebebi ileri sürmektedirler. İlke olarak eşit olan hukuk kuralının yasallığı bundan etkilenebilir. Fakat komünizm sonrasında ki pek çok ülkelerde, tek siyasi hareket olarak “ekonomik bir sıkıntı” tespit edilir. Avrupa Birliğinin girişinden geçen ekonominin çaresi ancak yeni Hukuk Devletinin yasallığı ile elde edilir. Oysa Avrupa Birliği rekabeti yenmek için genel ve ekonomik bir yetenek beklemektedirler. Adayların ekonomik durumlarından dolayı bir tıkanma gözükmektedir. Hem temel hukukların gerçek uygulaması hem de siyasi alt yapısı olan katılım demokrasisi ekonomik durgunlukta dondurulamaz.

## 2. HUKUK DEVLETİNİN SİYASAL DAYANAĞI

Hukuk Devleti ile İnsan Hakları üzerindeki konuşmalar tüm yapının siyasi yani demokratik dayanağını örtmektedir. Anayasa sadece İnsan Haklarını ve onların kazai garantilerini taşımamakla birlikte Anayasa Devletteki siyasi gücün statüsüdür. Bu görüşle İnsan Hakları, hakim mütahalesi ile garanti altına alınmadan, önce demokrasinin iyi işleyişi ile siyasi olarak garanti alınmıştır. Siyasi anlaşmazlıklarla duran komünizm son-

rası gelişimleri ile bu hipotezi açıklamadan önce bu günkü Hukuk Devletinin vazgeçilmez siyasi boyutunu (burada demokratik boyutunu) burada hatırlatmak gerekir.

a) Sağlaştırılmış demokrasi olmadan başarılı Hukuk Devleti olmaz. Liberal anayasal klasik döneminde Hukuk Devleti, “kamuoylaması ve katılımının yani” toplumsal veya vatandaş denetiminin desteği olmadan oluşabildi ve doğrulandı. Hem Anayasalar hem de kanunlar özdeksel serbestlikler ve hukuklar dizisi ile verilmişlerdir. Cumhuriyet veya monarşi rejimleri inanç sebebiyle veya böyle gerek olduğundan liberalidi. Bu rejimler zorlayıcı hukuki rejimlere, yani yasalık terimi ile “üstün” zorlayıcı hukuki rejimlere bağlı olup kendilerini sınırlamışlardır.

Ama o zamandan beri yasallaşma inançları gelişti. Seçmenler, hukuki yetkileri ile yasallığın yani siyasi gücün tek kaynağını oluşturdular. Ayrıca demokratik yasallık ilkesi bütünleşmeye yöneliktir. Bu şartlarda sadece bir yasal gücü, inamlabilir liberal yasal ve başarılı kurallarından bahsetmektedir. Hukuk kurallarının kaynağı, dünya çapında ki demokratik yasalların gereğini yerine getirmelidir. Ve bu asıl yasallık, ünlü “uygar itaati” anlatmaktadır. Bertrand de Jouvenel’e ait olan “uygar itaatın sırrı” “jandarmanın korkusundan” veya düzensizliğe karşı tercih edilen düzenin gereğinin kendi bilincinden daha fazla kabul görmektedir.

Kuralın yasallığı ve başarısı etkileşimli ve iş birliği içersindedirler ,biri diğerine bağlı ve onu kolaylaştırır. Bugün Hukuk Devleti üzerinde düşünmek demek bunların iki görüşünü (yani siyasi ve hukuki) dikkate almak demektir. Kural ve seçim, çözümler yoluyla dar bir ilişkidir. Anayasal kural başlangıçta “belirlendi”; anayasa (hukuki pozitifizm anlamında yürürlüğe giren bir metin olmadan önce) siyasi bir oy eylemidir. Oysa seçim hukuki bir boyut içerir: Yasallığı sağlamak için demokrasinin seçimle ilgili kanunun her metnine ve ruhuna riayet edilmeli. Siyasi ve hukuki parametreler kendilerini tamamlamaktadırlar ve bugün kü Hukuk Devleti olan 70’li yılların “anayasal demokrasinin” kurulmasının alt yapısını oluşturmaktadırlar.

Tabi ki ilan edilen Vatandaş ve İnsan Hakları Özgürlükleri, “kurumların kefilisi”olan Cumhurbaşkanı tarafından ve özgürlüklerin kefilisi olan hakim



tarafından hukuken güvence altına alınmışlardır. Ama bu inandırıcılık yani böyle hukuki garantilerin başarısı, rejimin siyasi niteliğine bağlıdır. Cumhurbaşkanı'nın "tarafsız" kararı veya "bağımsız" hakim karar, siyasi sisteminin demokratik niteliğine bağlıdır. Eski zamanlarda, özellikle III. ve IV. Cumhuriyetdeki Fransız parlamenter rejimi döneminde olduğu gibi anayasaya parlamentonun saygı duyup duymamasına bağlıdır. Parlamento, seçimlerin ve kanunların hakimi idi. Anayasal hakim yoktur; Genel Hukuk ve Özel Hukuk da yoktu. Ama "söz götürmez" demokrasi ve riayet edilen kamu özgürlükleri söz konusu idi. Fakat komünizm sonrasındaki bahsedilen örnekte, durum farklıdır. Çok özenli Anayasal Hukuk Devletleri, demokratik kuruluşunda az gelişmiş olan siyasi alanlara dayandırılmıştır. Yeni anayasal hedeflerin gerçekleşmesindeki gerçek problemlerinden konuşmaksızın bu zaman farkı, hukuk ve devlet fikrinin birleştirilmesinde aksiliklere neden olmuştur.

b) Siyasi alanla kuralın denkliliği olmadan başarılı Hukuk Devleti olmaz. Fakat komünizm sonrası ülkelerde siyasi alan, yeni anayasalarda ithal edilen "Avrupa standartlarına" göre bazı "eksikleri" göstermektedir. Bu belirgin zaman farkından dolayı demokratik ve hukuki geçişin ilerleyişini durduran bazı tıkanmalar meydana gelmiştir. Bu olay, Devlet hakkında olduğu gibi Hukuk hakkında da gözükmektedir. Demokrasi (Montesquieu'ye ait önemli niteliğine göre) "ölçülü" bir Devlete ihtiyaç duyar; gevşek bir Devletle (Miyardalın belirttiği 3. Dünya devletleri gibi) yetinemez. Tabii ki liberalizm ile yetersizliği hiç karıştırmamak gerekir. Fakat 1990'lı yıllarda, komünizm sonra Devletler, hem yasallıkla hem de "güçle" arası bozuktur. Onların yasallığı, ulusal ve siyasi alanda bir ayrışım içindeydi. Sovyet Rusya, Yugoslavya ve Çekoslovakya gibi çok uluslu federasyonlar, çok ulusal temellerinde parçalandılar. Bu da toplulukların oluşturduğu federal devletlerin "ulusal" sorusunu ve şüpheli anlaşmasını komünizm güçlerinin saymamasının, mantıksal bir sonucudur. Özellikle birlikçi devletleri içeren siyasi alanda, rejimlerin iç parçalanması, partilerin yıkılmasından daha belirgin olan komünist Devletlerin yıkılmasıyla gözükmiştir. Zaten gerçek sosyalizm altında, "devlet partisi" adına alan sistemde, Devlet ikinci (yani ikincil dememek için) konumdaymış. Bu, "Sivil topluluğa karşı -iletme kayışı" olarak işlem yapacak Partinin ellerinde olan bir araçtı. Devletin kendine özgü hiçbir yasallığı yoktu: Hem işçi sınıfı öncülüğünü hem de "Çalışan halkın kararı" gibi; hem de Batı demokrasilerinde ulusal dev-

letin tüzel kişiliğine verilen anlamda ki ulusal yasallığın kararı gibi hiçbir yasallığı yoktu.

Çünkü emekçilerle ilgili veya işçi ile ilgili “sosyal sınıfın” yanında ulus veya ulus topluluğu, başlıca bir gerçek değer değildi. Yasallığın olmayışı geçişli demokratik çerçevede de gücün olmayışına yani hukuk devletinin iyi yönetimi için gerekli olan başarının olmayışına neden oldu. Çünkü Devlet, hem kuralın “yapımcısı” hem de “kefili” olur. Ama az çok “ithal edilen” yeni kuralların uygulanmasında “hukuk probleminden” daha çok Devlet problemi oluştu. Önemli “genel ve nesnel” kural, devletin tüm arazisine ve tüm uyruklara uygulanmasında güçlük çekmektedir. Örneğin Rus Devleti “baronlar” tarafından denetlenen farklı “tımarlar” arasında “parçalandı.” “İmparatorluğun eski pazarının” çevresel bölgeleri, vergileri bile toplayamayan merkezden koştular!. Cumhurbaşkanı Putin’e ait Hukuki ve siyasi güçler, Devletin gücünü önemli boyutta yeniden kurmayı tasarlamaktadır. “Kanunun diktatörlüğü” hakkında ki sözü bunun bildiricisidir. Mafyalar ve Genel Hukukun diğer suçluluk gösterişleri, Hukuk Devletinin iyi işleminin ön şartı olan minimum bir kamu düzenini sağlayabilecek bir Devletin gerçekten olmayışının en sert görünüş biçimleridir. Tabi ki bu konuda genelde hukuki düzenin eksikliği de bir rol oynamaktadır. Çünkü Hukuk Devleti tam anlamıyla : “tepeden tırnağa “ sadece Anayasa Hukuku olarak değil hukukun tüm dallarıyla söz konusudur. Devletin yanında topluca ve tipik kavram olarak hukuk fikri, yürürlükte olan tüm “modele” göre anlamlı eksiklikler ortaya koymaktadır.

Dolayısıyla yerleşmiş yeni kuralların başarısı hakkında bir problem vardır. Burada da siyasi alan ideolojik kalıtı ile belirlendi. Devlet gibi Hukuk elli veya altmış yıl boyunca gücün yani partinin aracı olarak görüldü. Bu “araçlı” görüş şimdi ki hakim olan liberal yorumda ki hukukun deney üstü boyutu ile çelişmektedir. Ama eğer devlet teknolojik yönde daha eksik kalıyorsa, bu durumda varlığıyla birlikte yavaş yavaş yasallığını oluştururken bizim Hukuk Devletinin hukukuna yeni bir ideolojik bakımından inanmak zordur. Gerçek olmak yerine sanal olan Hukuk Devleti, siyasete bağlı hukukun (tersi değil) uygunsuz veya bozulmuş eski görüşünü sadece doğrulayabilir. Böylece kültürel etkenin önemi görülmektedir. Çünkü siyaset ve hukuka uzun ve son anlamı veren kültürdür.

### 3. "KANUNLARIN RUHU" OLARAK KÜLTÜR

Hukuk Devleti sadece şekilden ibaret değildir. Yönetenlerin ve yönetilenlerin yansıttığı geçmiş zamanındaki ideolojik kültürü içeren geçiş sistemlerin simgesel hareketleriyle yetinmek söz konusu değildir.

a) Hukuk Devleti ve onun demokratik kültürü.

İnsan Temel Hakları konusunda ve diğer konularda: Ekonomik (piyasayla) ve siyasi (demokratik yurttaşlıkla), artık liberal kurallara riayet eden Hukuk Devletleri söz konusudur. Burada "dördüncü kuşağın hukukları" terimini hatırlatabiliriz: Liberal ve demokratik Hukuk Devleti de "sağlık" yani uygun bir çevreye ihtiyaç duyar. Tabii ki , kültürel görecelik ve demokratik evrenselliği arasında ki uyuşma hakkında ki görüşe uygun olarak "genel kültür" değil de sadece "siyasi kültür" söz konusudur. Bu kültür de demokratik rejimle ve kamu özgürlükleriyle de dar bir ilişki içindedir; yani işlevsel yakınlığın kültürüdür.

Bu kültür çok değişken, çok çeşitli çerçevelerde kurulabilir; çünkü kültürler, çatışmaların oyununu yatıştırmaya, farklılıklar arasında ki rekabeti ve uyuşmazlıkları hafifletmeye yöneltmiş hukuki ve siyasi aracılıkla tartışılabilirler.

Siyaset çatışmayı az çok – kaçınılmaz hale getirir. Bu siyaset, kamu siyasetlerin farklı nesnelere arasında ki girişimleri hafifletir. Girişim, Devletin gücünü elde ettiği ve bunu uyguladığı zaman, siyasi zamanda ve siyasi alanda (çoğunluluk ve muhalefet güçlerinin ayrımıyla) gücün ayrılmasının demokratik ilkesi, oyun kuralının anlaşılabilir katılımına neden olmaktadır. Bu nedenle demokraside siyaset, hem bağımsızlaşma statüsünden hem de sosyal adsızlıktan yararlanmaktadır. Siyasi fikirler "parti veya siyasi gruplar, siyasi kurumlar, siyasi prosedürler veya insanların hakkında ki konuşmalar, siyasetle barışmanın özel oyunun oynanması için sosyolojik örtülerinden arındırılmıştır. Bu da "iç", "dini", "budunsal" vs. savaşın tuzaklarını önlemek için, "sosyolojik belirsizlikte" yer almaktadır. Dolayısıyla farklı kültürler siyasetin bağımsızlığını kabul ettikleri anda bunlar Hukuk Devletinin demokratik modeliyle bağdaşmaktadır.

hukuk ise ölçülülükle, aracılığın benzer mantığına itaat etmektedir. Direkt bir muhalefetten daha çok yerleşmiş ve herkesçe kabul edilen anonim kurala itaat edilmesi daha kolaydır. Kanun “genel ve nesneldir” bu bizim zamanımızda değil de, J.J Rousseau zamanında böyledir. Kural, kendi özünde ve demokratik sistemde anlaşmalı veya çoğunluklu yasallığı açıklamaktadır. Böylece herkes, az çok mutlulukla kendini bulur ve az çok doğallık kazanır. “Dura lex Sed lex” (kanun acımasızdır ama kanundur) olan eski söz, hukuk kuralı olarak yararlandığı kanunun yasallığını açıklamaktadır.

Çok karmaşık topluluklarda hukuki düzenlemenin başarısı , modern sistemlerde “Anayasal yurt severlikle “ (ve neden olmasın daha genel olarak hukuki yurt severlikle) birlikte pastanın üzerindeki kiraz gibi, hukukun özel yasallığının pozitif tarafıdır! Bu çeşit bilgileri hatırlamak hukuk devletin yerleşmesindeki hukuki ve siyasi kültürünün önemini göstermektedir. Komünizm sonrası devletler daha iyi bir anayasal demokrasiye doğru geçişteki kültürel değişiklikleri bize açıklamaktadır.

b) Komünizm sonrası geçişlerin kültürel değişiklikleri.

Eğer Demokrasi siyasi değişmelerin alanının bağımsızlığını hedeflerse bu da genel kültür çevresinden bağımsız değildir. İki alan arasında minimum bir özeneklilik mevcuttur! Ulusal kültürlerin kurucu değerleri, siyasi alanın içinde olmayı hedeflerler ve demokratik kültür kuruluşunun tüm çalışmaları, kendi değerlerinden başka değerlerin uygulanmasına karşı kendilerini arındırmaktadırlar. (Bu da ilkelerinin paylaşmış akılcılığın üzerinde ki inancıyla ve görüşme yerin veya “karşılama kuruluşun” oluşturduğu başka değerlerin saygısıyla olur). Fakat komünist sistemler özellikle ideolojik idi; siyasetin hiçbir bağımsızlığı düşünülemezdi. “Marksist-Leninist, Stalinist, çıkacak” ideolojileri sadece siyasi değildi. Totaliter idi, (bir Weltangshaaung tipi). Kamu ve özel alanlar arasında hiçbir fark yoktur. Kültür “tüm ideolojik” kültürüydü. Uyguncu uysallığın ilkesine göre işlem görürdü. İdeolojik ortodoksluk yönetenlere ve yönetilenlere uygulanmaktaydı. Sosyalizm, bütünleşmiş yani yoğun bir sistem idi. Hiçbir şey ve hiç kimse hiçbir zaman, gözden kaçamazdı. Bu sosyalizm doğru bilimin kararsızlığıyla bilim olarak belgelenmişti! İlk Demokratik kültürleşme, siyasi alan siyasi muhalefetin göreceli bağımsızlığının gözetilmesiydi. Ka-

rı , koca, ebeveyn, çocuk, kardeş olabiliriz ve siyasi görüşleriniz de çatı-  
şabiliriz, farklı oy kullanabiliriz ve özel hayatta sıkı bir ilişkide, genel ha-  
yatta da iyi bir uyum içinde olabiliriz. Yeni demokrasinin kuruluşu kalan  
inaksal tepki ile birlikte oluşmalıydı. Fakat yeni Hukuk Devleti , eski ide-  
olojik nesneden yeni hukuki nesneye doğru aktarılan Ortodoksluk kaygı-  
sıyla itilen eski anlayışının bir kısmıyla karşılaştı. Böylece komünizm  
sonrası sistemlerde , eskiden “Kapital”ı veya “İncil”i nasıl okuduysak po-  
zitif hukuku da böyle okuyup kraldan daha kralcı olmaya hedefledik! Oysa  
ithal edilen Anayasalar klasik modellere ve kalmış olan kültürel alan-  
lara göre daha önce çok ilerlemişlerdi. İnaksal kültürden daha yararcıl  
kültüre geçiş, birkaç ay içinde ve “kararnameyle” de yapılmaz. Bu, zaman  
ister. Kuruluş ritimlerin hızlandırma gereği , daha çok simgesel ve kolay  
olan Hukuk Devleti hakkındaki konuşmalar ile önemli düzenleyici ve ku-  
ralcı işlevi arasında dengesizliklere neden olabilir. Dolayısıyla hukuki  
özeniş, kültürel imkanlarla uzlaşma içinde olmalıdır. Siyasi özeniş de böy-  
le olmalıdır. Demokratik geçişin stratejisi “nazik” ve karmaşıktır. Bu da  
kültürün temel mantığı olan değişik ilkeler arasında ki etkileşimli nispî eş  
zamanlığı içerir. “Kültürel farkın” diğer örneği değerlerin anlaşılmazlığı  
ile ilgilidir. İdeolojik kültürün etkisine eklenen demokrasinin tarihsel tec-  
rübesizliği , çok sıkıcı olan göndergesel karışımlara neden oldu. En üstün  
değer olan düşüncesi demokrasiyle eş anlamlı sayıldığı için demokrasi yer-  
ine özgürlük düşüncesini nispeten örttü. Oysa yeni özgürlükler ilan edil-  
diğinde , sorun kamu özgürlüklerin en iyi garantisi olan demokratik sis-  
temin hizmetine siyasi bir ideolojiyi ve teknolojiyi yerleştirmektir. Çünkü  
eğer özgürlük, demokratik oluşumda bir ön şart ise de onun da önemli bir  
neticesidir. Özgürlüğün ve demokrasinin bu anlaşılmazlığı, bozulmuş bir  
etkiye sebep olmuştur. Özgürlüğün ilk “düş kırıklığı” böylece demokrasi-  
nin düş kırıklığı olmuştur. Oysa bu demokrasi, siyasi katılımların farklı  
biçimleri etrafında iç enerjilerinin hareketine ihtiyaç duymaktaydı. Ko-  
münizm sonrası topluluklar yerleşmiş ve uyuşturan ideolojik monizmi si-  
yasi iç ve aktif çoğulculuğa ithal değil de kendine özgü parti, fikir, kişi,ku-  
şak biçiminde değiştirmeye ihtiyaç duymaktadırlar. Fakat ilk liberal Ana-  
yasalar, demokrasiye ait hiçbir topluluk ve siyasi bir sistem getirmemek-  
tedirler. Böylece yeni siyasi kültürün oluşumunda bir zamansızlık mev-  
cuttur. Bu da nesnelere teknik karmaşıklığının ve ideolojik göreceliğinin  
görülmesini sağlar... Çünkü ünlü hukukçu ve düşünür Montesquieu'nun

dediği gibi bizim sistemimizin en üstün değeri ölçülülüğün değeridir. Bu, önce bir ilkeyi yani farklı karşıt menfaatler fikirler ve değerler arasındaki denge dinamizminin kaygısını belirtir. Ölçülülük, tecrübenin eleştirili çalışmasıyla ortaya çıkan “soğuk” akılcılığı da içerir. Demokrasinin kendine özgü dehası, en uygun yani farklı sonuçlar ile “gerçeğin” sonuçları arasında ki ideal olan uzlaşmanın dehası değil midir? İstemek ve yapabilmek arasında ki uyum ilişkisi hem akılcılığı hem de ölçülülüğü karakterize etmektedir. Böyle tanımlanan ölçülülükle veya akılcılıkla biçimlenmiş bu gerçek kültür, hoşgörü yani “yasal istisnanın” demokratik ilkesinin kabulüyle gözükmektedir. Bu da hukuk alanında dekan olan Jean Carbonnier’in kararına göre “Esnek hukukun” olayını oluşturur. Bizim zamanımızda ritimlerin hızlanması ve değişimin istenmesi kuralın istikrarının gereğini değiştirmektedirler ve böylece bu “esnekliğin” yönetimini nazik olarak ortaya çıkarmaktadır. Böylece de hakimin yetkisine ve kazai kurallarına tamamen başka ve yeni değer verilir. Dolayısıyla hukuki düşüncede, Hukuk Devletinin artık Rechtsstaat ve Kelsen’in zamanındaki Hukuk Devleti olmadığını dikkat edilmelidir. Hukuki düşünce, artık kendi gelişmesini ve iyi işleyişini destekleyen etkileşimli karmaşığın çevresine dalmıştır. Etrafındaki (ekonomi, siyasi, kültürel) çevre bilimi anlamadan onu da iyi anlayamayız. Bu, Hukuk Biliminin “Prens danışmanı” olabilmesi için temel bir şarttır. Ama özellikle bizim yeniden tanımlanmış değerlerimizi ve onlara ulaşmak için konulan siyasi ve hukuki teknolojileri iyi anlamak gerekir.

Çeviren : Belgin BULUT

## Oturum Başkanı

---

Sayın Slobodan Milacic’e ilginç sunuşu için çok teşekkür ederiz.

Sayın Prof. Dr. Türkel Minibaş sunuşunu yapacak. Kendilerini tanıtmak isterim; Prof. Minibaş İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Öğretim Üyesidir, İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma Merkezi Mü-

dür Yardımcısıdır, Cumhuriyet Gazetesi Ekonomi Köşe Yazarıdır. Küreselleşme, uluslararası finans hareketleri, kalkınma konularında çeşitli makaleleri vardır.

Buyurun Sayın Minibaş.

## **Prof. Dr. Türkel Minibaş**

**İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

### **KÜRESELLEŞME, EVRENSEL DEĞERLER VE ULUSAL EGEMENLİK**

Bilindiği gibi II.Dünya Savaşı sonrası dönem kapitalist sistemin yeniden yapılandığı imar ve inşaa dönemidir. Dönemin en temel özelliği devletin ekonomik, sosyal yaşamda düzenleyici rolünü üstlenmesidir.

Ekonomide New Deal Politikaları'yla şekillenen bu rol doğrultusunda bir yandan üretim ve fiyat politikalarıyla diğer yandan da vergi politikalarıyla sermaye birikimini ve gelir dağılımını düzenlemiştir. Ulus devlete sosyal devlet misyonu yükleyen bu yeniden yapılanma süreci ekonomi politikaları açısından ülkelerin gelişmişlik düzeyine göre farklılık göstermiştir (1).

Savaş sonrasının ekonomi politikaları savaşın galibi gelişmiş ülkeler için yeniden imar, inşaa ve yeni pazarların yaratılmasını düzenlerken az gelişmiş ülkeler açısından kapitalist sisteme entegrasyonu hedeflemiştir. Bu noktada savaş öncesinde sömürge konumunda olan az gelişmiş ülkeler ile Türkiye örneğini birbirinden ayırmak gerekir. Özellikle de II.Dünya Savaşı'nın sonlandığı 1945'in Türkiye için önemli bir siyasi kırılma noktası olduğu düşünüldüğünde.

Ne var ki, 1960'ların ortalarından itibaren verimlilikle birlikte karların artış hızındaki düşme netleşmeye başlamış... Sermaye birikiminin daralması anlamına gelen bu gelişmeyle kapitalist sistem yüzyılın en uzun sü-

reli kriz dalgasına girmiştir. Krizin çekirdeğinde sermaye birikimi yetersizliği yattığından **krizin aşılması:**

**sermayenin özgürleşmesini; yani en çabuk ve en kolay nemalınacağı alana girip çıkabilme olanaklarının yaratılmasını; yani küreselleşmesini**

gündeme getirmiştir.

Daha açık bir ifadeyle, sistemin özünü sermaye birikimi oluşturduğundan sorun sermayenin sorunudur; yani karların artış hızının yükseltilmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla sorunun çözümü, sermayenin girdiği ülkede üretimden pazarlamaya kadar mülkiyet edinme de dahil olmak üzere hiçbir sınırlama ve denetimle karşılaşmamasına bağlıdır. Bu serbestiyetin gerçekleşmesi de ülke ekonomisinden siyasasına kadar her alanda kuramsal ve kurumsal düzenlemeleri zorunlu kılmaktadır ki... Ulus devletin sosyal devlet misyonundan uzaklaşmasını ve ulusal egemenlik olgusunun yeniden tanımlanmasını gerektirmektedir (2).

Bu düzenlemelerin ekonomi cephesini oluşturan GATT toplantılarına 1960 kadar "konferans" olarak tanımlanır ve sadece gelişmiş ülkeler katılırken 1960-61'deki Dillon toplantısıyla birlikte Türkiye gibi az gelişmiş ülkeler de katılmaya başlamış çoğulculuğun bir ifadesi olarak toplantılar "round" olarak tanımlanmıştır.

Dillon Roundu kapitalist sistemin globalizasyon (\*) aşamasının tanımlandığı önemli bir dönüm noktasıdır. Zira 1960, kapitalizmin en uzun çevrimli kriz dalgasıyla karşılaşmasının tarihidir. Savaş sonrasında piyasa ekonomisine geçiş dönemlerini yaşayan bir çok az gelişmiş ülke Dillon Roundu kararları doğrultusunda planlı ekonomiyi denemeye başlamış... Böylelikle, hem bu ülkelere dış borç kanalından gelen fonların kesimler arası dağılımı düzenlenerek hem de yabancı sermaye yatırımları yoluyla kapitalist sisteme entegrasyonlarının yolu açılmıştır (3).

1964-67 arasındaki Kennedy Roundu'nda kesinleşen krize karşı sermayeye hareket kazandıracak politika araçları oluşturulurken... 1978-79'daki Tokyo Roundu'nda az gelişmiş ülkelerin ultra liberal politikalarla sisteme entegrasyonunun zemini hazırlanmıştı. 1986'da başlayan Uruguay Roun-



du ise "beş yıllık istikrar paketi" olarak gündeme gelen ultra liberal politikaların sonuçlarının alındığı; buna karşılık gelişmiş ekonomilerin durgunluğa girdiği bir dönemde toplandı. Berlin Duvarı'nın yıkılıp, sosyalist bloğun çözüldüğü bir dönemi kapsamı nedeniyle globalizasyon sürecinin Dillon'dan sonraki ikinci dönüm noktasıydı.

### **Küreselleşmenin teknolojisi : İletişim ve bilgi işlem**

Nasıl ki dürbün, pusula, saat merkantil dönemin sermaye birikimini oluşturan teknolojik buluşlar idiye... Nasıl ki ucuz hammadde, sıfır maliyetli doğal kaynaklar ve boğaz tokluğuna çalışan yerli işgücü ve kölelerin oluşturduğu ucuz emekle birleştirilince yüksek karların yolu açıldıysa...

Buharlı gemi, çikrik, elektrik jeneratörleri, telgraf, telefon da sanayi kapitalizmin sermaye birikimini hızlandırmış... Her yeni teknoloji ve yeni mal sanayi kapitalizmin daha hızlı gelişmesine neden olmuştur.

Küreselleşme aşamasında ortaya çıkan teknolojik gelişme de kapitalist sistemin birikim sorununa çözüm getirici nitelikte olmuştur. Başka bir deyişle, sistemin aşmaya çalıştığı kriz karların artış hızının düşmesinden kaynaklandığından küresel sürecin teknolojik gelişmeleri de birikim sürecini hızlandıran iletişim ve bilgi işlem teknolojilerinde ortaya çıkmıştır.

### **Ulusal egemenlik ve Türkiye örneği**

Bilindiği gibi kapitalist sistem, ideolojik olarak insan ihtiyaçlarının sonsuz ama bunu karşılayacak kaynakların kıt olduğu varsayımına dayanmaktadır. Dolayısıyla her dönemdeki sorunu sermaye birikimi yetersizliğinden kaynaklandığından çözüm, **yani karların maksimize edilmesi:**

- **doğal kaynakların maliyetinin sıfır,**
- **emeğin maliyetinin düşük tutulmasına**

bağlıdır. Bu tür bir çözüm yolu sermayenin hiçbir yasal engelle karşılaşmamasına yani devletin müdahaleci ve koruyucu kimliğinden çıkmasına ekonomik düzenlemedeki yerini piyasa mekanizmasına bırakmasına bağlıdır.

Başka bir deyişle, devlet:

- üretim ve fiyat mekanizmasındaki belirleyiciliğinden;
- yerli sermayeyi çeşitli teşviklerle yabancı sermayeye karşı korumaktan;
- ülke kalkınmasına pozitif katkı sağlaması için firmalara üretimin belli bir bölümünü ihraç etmekten;
- yabancı sermaye girişini kontrol etmek için sermayenin üretime geçeceği sektörleri belirlemekten;
- sosyal sigorta ve güvenlik sistemini belirlemekten;

vazgeçmektedir.

Böylelikle, devlet toplum için zorunlu mal ve hizmetler de dahil olmak üzere, üretim ve fiyatlandırılmasından çekilmekte gelir dağılımını düzenleme işlevini fiyat mekanizmasına bırakmaktadır.

Fiyat, üretimde kullanılan hammadde ve aramalıdan emek faktörüne kadar belirleyici etken haline dönüşmektedir. Sermayenin hedefi karların artış hızının yükseltilmesi olduğundan fiyat doğal kaynakların kullanımında da temel belirleyici olmakta; madenlerden enerji kaynaklarına kadar ülkenin doğal kaynakları en düşük, hatta sıfır maliyetle kullanıma açılmaktadır.

Emek ile üretim arasındaki bağ da kopartılarak emeğin sınıfsal niteliği değiştirilmekte; çalışma standartları çokuluslu ve ulusötesi firmaların önceliklerine göre oluşturulmaktadır (4). Hal böyle olunca, ulus devletin sosyal devlet işlevi de kendiliğinden ortadan kalkmakta... Kontrol eden devlet işlevi ağırlık kazanmaktadır (5).

Ne var ki Türkiye örneğinde olduğu gibi, devletin kamu iktisadi kuruluşları kanalıyla bir yandan düşük girdi yaratarak ulusal sermaye birikimi sürecini hızlandırdığı; diğer yandan da gelir dağılımını düzenlediği ülkelerde gerek halk gerekse devletin kendisi ulus devletin değişen tanımına adapte olmakta zorlanmaktadır.

Sistem sermayenin özgürleşmesini hedef aldığından ülkenin ekonomik, sosyal ve siyasal politikalarının belirlenmesinde ulusun egemenliği yerini uluslarüstü sermayenin egemenliğine bırakmaktadır. GATT'ın temel ilkeleri bu durumu daha net bir şekilde ortaya koymaktadır.

#### **GATT'ın temel ilkelerine göre (6):**

- Ülkelerin ulusal sanayilerini dış rekabete karşı korumaları (Yerli Endüstrinin Tarifelerle Korunması) kabul edilmekte ama **“düşük düzeydeki gümrük tarifeleriyle yapılması kararlaştırılmış”** birkaç istisna dışında miktar kısıtlamasına gidilmesi yasaklanmıştır.
- Ülkeler yerli sanayilerini korumak amacıyla uyguladıkları tarifeleri (Tarife Taahhütleri) tekrar yükseltmemek üzere **indirmek ve kaldırmak zorundadır.**
- Ülkeler arasında ithal ve/veya ihraç edilen malların tabii olduğu **gümrük tarifelerindeki farklılıklar ortadan kaldırılarak** (En Çok Kayrılan Ülke Kaydı) farklı ülke menşeli arasında ayırıcılık yapılması yasaklanmaktadır.
- İthal edilmiş ürünlerle bunlara eş yerli ürünler arasında ülke içi vergiler ve kuralların uygulanmasında (Ulusal Muamele İlkesi) ayırıcılık yapılması yasaklanmaktadır.

Yukarıda yeralan ilkelerden de anlaşılacağı gibi Dünya Ticaret Örgütü (WTO)'nun bir parçası olan GATT anlaşmaları doğrultusunda:

1. Yerli ürünlerin yabancı ürünler karşısındaki rekabet gücü ve pazar payı kaybolmamaktadır.
2. İthalat üzerinden alınan vergiler kaldırıldığından devletin gelir kaynakları olumsuz etkilenmektedir.

Çok taraflı yatırımların anayasası niteliğindeki MAI metninin eksenini oluşturan ilkeler:

**Çok uluslu, az uluslu ve de ulusötesi sermayenin GATT'la kazandığı ticari üstünlüğe ekonominin bütününe kapsayacak bir yapı kazandırmaktadır.**

Böylelikle kapitalizm, sermaye birikimi yetersizliğinden kaynaklanan krizinden çıkarken üretimden pazarlara, ulus devletin işlevlerine kadar emperyalizmin bir üst aşamasına geçmektedir.

### **Ulusal Egemenlik ve Gelecek 1000 Yılın Hukuku:**

Sermayenin rahatça nemalanacağı ortamın yaratılması, öncelikle ulus devletin varlığına ve de gücüne bağlıdır. İlk bakışta küreselleşmeye karşıymış gibi görünen bu durumu uluslararası sermayenin çıkarlarının korunması şeklinde değerlendirildiğinde dışlilerin birbirine oturduğu görülecektir.

Zaten MAI metninin eksenini oluşturan temel ilkeler de bunu açıkça ortaya koymaktadır. Üretimden finansa kadar tüm ekonomik faaliyetleri kapsayan bu ilkelerden:

**Ulusal Muamele İlkesi'ne göre:** Anlaşmaya taraf olan ülkeler, anlaşmaya taraf olan diğer ülkenin yatırımcılarına ve onların yatırımlarına:

- kuruluş,
- işleyiş, genişleme,
- yönetim, kullanım,
- uygulama
- satış

kendi ülkesindekilere uyguladığından daha az avantajlı bir muamele uygulayamayacaktır.

**En Çok Kayrılan Ülke İlkesi'ne göre ise:** Anlaşmaya taraf olan her bir ülke, başka bir anlaşma tarafı ülkenin yatırımcılarına ve onların yatırımlarına, bir başka ülkenin yatırım ve yatırımcılarına uyguladığından daha az elverişli bir muamele uygulayamayacaktır.

Dahası, anlaşmaya taraf olan her bir ülke, başka bir anlaşma tarafı ülkenin yatırımcısına her bir olay bazında bu ilkelerden hangisi daha elverişli ise onu uygulamakla zorunludur.

Böylelikle sadece yerli yatırımcı ulusötesi sermayenin yatırımları karşısında güçsüz bırakılmamakta, devlet kendi üretim ve gelir kaynaklarını yönetmekten de vazgeçmektedir. Azgelişmiş ekonomilerin kendi araların-

da kuracakları ittifakların da önüne geçilmekte doğal serbest pazarlar haline dönüştürülmektedirler.

Nasıl ki 15. yüzyıl öncesinin toprak sahipleri, iktidar erkine sahip olmak için kendi güvenlik kuvvetleriyle kaynakları yönetip devletin hukukunu kendi çıkarları doğrultusunda oluşturdularsa bugün de sermaye benzer yöntemlerle egemenlik ilişkilerini düzenlemektedir.

**“Yatırımlarla İlgili Uzlaşmazlık Çözüm Merkezi” (ICSID),**

**“Çok Taraflı Yatırım Anlaşmalarını Garantileme Ajansı”  
(MIGA) (7)**

yoluyla aynı denetimi sürdürmekte **“uluslararası tahkim”** yoluyla da sermayenin egemenlik ilişkilerini düzenlemektedir. Uluslararası tahkimde kamusal çıkarlara öncelik tanınmadığından, firmalar uluslararası hukuk yoluyla hem özgürleşmekte hem de önemli maddi tazminatlar almaktadırlar.

### **Bir örnek:**

Hatırlanacağı gibi, Türkiye 6 Mart 1995'te Gümrük Birliği adlı bir anlaşma imzalamış ve anlaşma 1 Ocak 1996'da yürürlüğe girmişti. Aynı yıl, gümrük birliği üyesi olmaktan kaynaklanan haklarına dayanarak bazı WTO (Dünya Ticaret Örgütü) üyesi ülkelere tekstil ithalatında miktar kısıtlaması uygulamaya başlamıştı. Bunun üzerine WTO üyesi olan Hindistan, Türkiye'yi WTO nezdindeki uluslararası tahkime şikayet etmiş... Neden olarak da Türkiye'nin kendi tekstil ürünlerini korumak için haksız rekabeti doğurduğunu ileri sürmüştü.

Hindistan'ın şikayeti ABD, Japonya, Filipinler, Tayland ve Hong Kong tarafından da desteklenince WTO Tahkim Kurulu, Türkiye'yi 1994'te imzaladığı GATT hükümleri doğrultusunda diğer WTO üyesi ülkelere ithal kısıtlamasında bulunmamayı taahhüt etmesine rağmen böyle bir uygulamaya girdiği için suçlu bulunmuştu.

Kısacası küreselleşmenin hukuku, yabancı bir ülkeye yatırım yapan yatırımcıya, o ülke devletinin karar ve uygulamaları nedeniyle zarara uğradığında zararın tazmin edilebilmesi için yatırım yaptığı ülkenin devletine

dava açma hakkı vermektedir. Her ne kadar Uluslararası tahkim kurulunun üyeleri

- “Uluslararası tahkim kurulunun üyeleri “Uluslararası Yatırım Uzmanlıkları için Çözüm Kurulu (ICSID) (8) tarafından önerildiğinden;
- Tahkim kurulunun kararları yatırımcı haklarının çiğnenip çiğnenmediği kriterine göre biçimlendiğinden;
- Kurul üyelerinin hukukçu olması şartı bulunmadığından hukuk kurumu olarak tanımlanması olanaksızsa da...WTO'nun kuruluş hükümleri yabancı yatırımcıya, devletlerarası yani “Çift Taraflı Yatırım Anlaşması” (BIT) doğrultusunda yapılan bir yatırım sırasında çıkacak uzmazlıkların çözümü için uluslararası tahkimi doğrudan adres göstermektedir.

Dolayısıyla, ulusötesi bir yatırımcı “küreselleşmenin anayasası” diye tanımladığım MAI anlaşmasının imzalanmasını beklemeden de yatırım yaptığı ülkenin devletini kendi çıkarlarını zedeleyerek zarara uğrattığı savıyla mahkemeye verebilmektedir.

Aslında Türkiye (9):

- \* 1988'de Dünya Bankası ve WTO'nun tahkim kuruluşu olarak çalışan ICSID'ye 3460 sayılı kanunla katılmış;
- 1991'te 21.4.1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Hakkında Avrupa Sözleşmesi 3730 sayılı kanunla;
- 1991'de 10.6.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve icrası Hakkında New York Sözleşmesi 3731 sayılı kanunla onaylayarak

ticari uyuşmazlıkların uluslararası tahkimde çözümü kabul etmişti. Ne var ki, uluslararası tahkime konu olan davalar doğrudan anayasa hükümlerinde bir değişikliği gerektirmediğinden ve de... Elektrik gibi kamu hizmeti sayılan, tekstil ürünleri gibi üretimin ve ihracatın temel sektörlerini doğrudan hedef almadığından Türkiye güncelinde yer bulamamıştı! Üreticiden tüketiciye herkesin kullandığı ve kullanılan mal ve hizmetlerin

girdisini oluşturan yatırım alanları söz konusu olup, ortak çıkarlar çakışınca kamuoyunun ufkuna girebilmiştir.

İmtiyaz sözleşmeleriyle gerçekleştirilen ve kamu hizmeti sayılan yatırım ve ticaret anlaşmalarında uluslararası tahkim mekanizmasının işletilmesi devletin yeniden yapılandırılmasını... Daha açık bir deyişle, ulus ötesi ve çokuluslu firmaların yatırım yapabilmesi için maden gibi imtiyaz sözleşmelerine bağlı, elektrik gibi kamu hizmeti sayılan alanlarda yatırım ve ticaret yapılabilmesi (10):

1. Anayasada yeralan “imtiyaz sözleşmesi”, “kamu hizmeti” gibi tariflerin yeniden tanımlanmasına,
2. Bu değişim doğrultusunda ulusötesi firmaların hareket alanını sınırlayan anayasa maddelerin değiştirilmesine;

bağlıdır.

Eğer tahkim: Ticari bir hak üzerinde uyuşmazlığa düşmüş tarafların aralarında anlaşarak uyuşmazlığın çözümünü ve karar verme yetkisini kendi özel iradeleriyle özel organlara... Yani, resmi mahkemeler yerine bir veya birden çok hakeme bırakması anlamına geliyorsa... Türkiye'nin imzaladığı sözleşmelerde “ticari iş sayılan konularda” uluslararası tahkim hükümleri uygulanacağı şartı bulunmaktadır.

Ne var ki 1988'de katıldığımız ICSID ile olan ortaklık ilişkimizde bu tür bir şartın bulunmaması “ticari iş sayılmayan yatırım alanlarında da yazılı tahkim süreci”nin işlenmesine olanak tanımaktadır. Verilen kararların ulusal mahkemelerde denetlenmesi olanağı da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ulusun kararlar üzerindeki egemenliği böylelikle ulus ötesindekilerin egemenliğine devredilmiştir.

Artık sistem:

- doğal kaynakların marjinaline gelindiğini;
- yenilenebilir kaynakları üretmenin maliyetinin hiç de küçümsenmeyecek boyutta olduğunu;
- ucuz ve baskı altında çalıştırılan emeğin nitelik ve verimliliğinin düşük olduğunu;

- yaşam standartlarının düşük olduğu toplumlarda politik muhalefet odaklarının daha çabuk örgütlenerek kitleselleştiğini;

bilincinde. Dolayısıyla geçmiş kriz dönemlerinde olduğu gibi sadece emek ve doğal kaynakları karşılıksız ya da ucuz kullanarak maliyetleri düşürmekle kalmıyor hukuki ve siyasi mekanizmalarıyla da bunu yaşam biçimi haline getirmektedir.

### **Küreselleşmenin Evrensel Değerleri:**

#### **Gergedanların saflığı! YA DA acımasızlığı!**

*“... Birdenbire ortaya çıkan bir düşüncenin bulaşıcı bir hastalık gibi yayılmasına şaşkın şaşkın bakabiliriz. Yeni bir din, bir öğreti, bir fanatizm sürükleyiveriyor insanları...”*

*Ionesco*

Cep telefonu, faks-modem, elektronik posta... Yaş, cins, dil, din, renk, eğitim farkı gözetmeden herkesin kullanımına açık. Dijital devrimin dünyayı bir köy haline getirdiği savının gerisinde ve bu yeni biçimlenmeye verilen “küreselleşme” adının bu denli kabul görmesinin temelinde de zaten eş anlolu olarak yaratılan bu kullanım eşitliği var.

Köydükilerin çoğunluğu karların artış hızının eski günlerde olduğu hızda artmadığı şeklindeki bir bilgiye sahip değil. Bu nedenle de onlar için küreselleşmeyi sağlayan iletişim ve bilgi işlem teknolojisindeki gelişme, ayrımcılık sınırlarını kaldıran, eşitlikçi, hakça paylaşımı sağlayan bir büyü. Büyünün etkisini yitirmemesi için sürekli cep telefon modellerini, bilgisayarlarını yeniliyor, internet sitelerine yenilerini ekliyorlar.

Ne var ki... “Küresel Köy” masalının Mars’tan çekilmiş fotoğrafları epeyi farklı! İki yüzyıl öncesinin fotoğraflarına göre daha çok siyah derili beyaz deriliyle evlenebilmekte, daha çok yoksul okuma-yazma olmağına sahip, daha çok kadın New York borsasındaki hisselerin fiyatlarından haberdar sa da....

Yüksek teknolojik donanımlarından dolayı kıskançlık krizlerine düştüğümüz Hindistan’da kız çocukları doğar doğmaz ağzına tütün tıkanarak öldürülüyor. Kraliçesinin zarafetiyle hayran kaldığımız Ürdün’de, “Dost-



kardeş Pakistan'da ve Türkiye'de aile namusunu lekelediği için öldürülen kadınların sayıları iki elin parmaklarıyla değil, yüzlü rakkamlarla istatistiklere geçiyor.

Düşünmenin, sorgulamanın ve paylaşmanın bedelini cezaevlerinde gün ışığını görmeden ödeyenlerin sayısı ise binlerce! Filistin askıları, coplar, geçen yüzyılın buluşu elektrik düşünenlerin can düşmanı!

Küresel köyün arka sokakları, açlık ve salgın hastalıklardan ölenlerin cesetleriyle yükseliyor!

İlkçağları anımsatan bu örnekler bir başka dünyada değil...20. Yüzyılın son 5 yılında cep telefonları, bilgisayarlar, internet kanallarıyla bir köy haline dönüştüğü söylenen küresel dünyada gerçekleşti ve gerçekleşiyor. Çünkü küreselleşme eşitliklerin değil, sermayenin 60'ların ortasında girdiği krize *eşitsizlik ve farklılaştırmalarla beslenen parçalanma ve ayrıştırma*lar üzerine kurulu bir model.

Nasıl ki, coğrafi keşifler sadece insanın yeni yerler bulma merakından kaynaklanmayıp Ortaçağın faizi haram sayan, sermaye birikimini yasaklayan yasalarına bir nevi karşı çıkışsa... Avrupalı tüccarlar için coğrafi keşifler altın, gümüş gibi kıymetli maden yataklarına ve kauçuk, kahve, keten gibi hammadde kaynaklarına ulaşmak... Amerika, Afrika kıtalarından düşük maliyetle sağlanan bu kaynaklar Avrupa için güçlü bir ticari sermaye birikimin nedeni... Dahası, sanayi devrimine giden sürecin de finansman kaynağı idiyse... Sanayi devrimiyle birlikte ortaya çıkan her yeni teknoloji ve yeni mal sanayi kapitalizmin daha hızlı gelişmesine neden olmuşsa... Küreselleşmeyi sağlayan teknolojik gelişme de insanlar daha eşitlikçi bir dünyada yaşasın diye oluşturulmadı. Yukarıda vurgulandığı gibi sermayenin birikim sürecini hızlandırmak; yani sermayeyi geçmişe göre daha hızlı dolanmasını sağlayarak kar marjlarını yükseltmek için gerçekleştirildi ki... Bu, iletişim teknolojisindeki hızlı gelişim ve bu gelişim sonucu bilgi işlem ve haberleşmenin dolanımının hızlanarak yaygınlaşması ve ucuzlamasıyla sağlandı.

### **Sistemin adı üstüne etiketli: kapitalizm**

Kapitalizm, insanların doyumsuz yani gereksinimlerinin sonsuz ama bu gereksinimleri karşılayacak kaynakların kıt olduğu varsayımı üzerinde

oturmaktadır. Kendini tanımlayan bu varsayıma göre, istikrarsızdır. Yani krizlerle beslenen bir yapıya sahiptir. Böyle bir yapıdaki insan tipi de kapitalizmin kendi tanımlamasına göre HOMOECONOMICUS'tur. Yani? Sistem, insan ögesinin rasyonel davrandığı varsaydığından hareket etmektedir. Kişinin, gereksinimlerini karşılamak için talep ettikleri ve karşılığında üretip arzettiklerini hep çıkarlarını korumak için yaptığından emindir.

Sistem üyelerinin herşeyden haberdar olduğunu varsaydığından: Yağmur Ormanları'nın yokedilmesine... Kadın ve çocuk emeğinin sömürülmesine... Sokak ortasında taranan köpek ve çocuk ölümlerine... Süresi geçmiş mamaların, aşılardan köyün öte yanındaki açlara dağıtılmasına suskunlukla yaklaşır.

Küresel köyün sakinleri ise, evlerindeki renkli cam kutudan köyün öteki köşesindekilerin de aynı marka ekmeği içtiği köfteyle beslendiğini, aynı marka pantolon-ayakkabı giydiklerini, aynı televizyon dizilerini izlediklerini, aynı kredi kartlarını kullandıklarını gördükleri sürece güven içinde yaşamlarını sürdürürler.

Cep telefonları, internet kanalları neyi, ne kadar, kaç saatte ürettiğini diye sorarken, asla kimin için sorusunu sormadığından kendileri gibi olmayanları, başka köylerin olup olmadığını merak bile etmezler. Onları meraklandırmaya kalkanlar mı?

*"Gergedanların saflığı, aynı zamanda acımasızlığı vardır onlarda. Onlar gibi düşünmüyorsanız göz kırpmadan öldürebilirler sizi. Son yirmibeş yılın tarihi şunu gösteriyor ki, böyle bir değişime uğrayan insanlar, yalnız gergedana benzemekle kalmıyor, gerçekten gergedan oluyorlar... Yaşadığınız kenti bir gergedan yönetiyor. O sizin sözcüklerinizi kullanıyor ama, sizin dilinizi konuşmuyor...."*

Ionesco

Kaynakça:

1. OECD; From Marchall Plan to Global Interdependence: New Challenges for the Industrialized Countries, Paris 1978 , s.79
2. Macfarlane, Alan; Kapitalizm Kültürü, Ayrıntı Yayınları, 1993, 260-261
3. Anell, Lars; Recession The Western Economies and The Changing World Order, Frances Pinter Ltd, 1981, s.38-39, 53-57
4. Wallach, Lori-Sforza,Michelle; Whose Trade Organization? Corporate Globalization and the Erosion of Democracy, Public Citizen, Washington DC 1999, s.176-179
5. Anell, Lars; a.g.e., s. 101-109
6. Wallach, Lori-Sforza,Michelle, a.g.e., s.151-155  
Mcmurty, John; "The MAI Would Make Corporate Rule Absolute", Canadian Center for Policy Alternatives, Ottawa, September 1997, s.12-13
7. Minibaş, Türkel; "Küreselleşen Sermayenin Anayasası:MAI", İktisat Dergisi, Ağustos 1988, s. 29-30  
MIGA; MIGA News, Winter 1997, Vol.6, No.3
8. Candoğan, Gökhan; "Uluslararası Tahkim ve Centilmenlik Anlaşması", TMMOB Elektrik Mühendisleri Odası Dergisi, Mayıs 1999, s. 9
9. Candoğan, Gökhan; a.g.m., s. 9
10. Candoğan, Gökhan; a.g.m.; s.7, 10

## Oturum Başkanı

---

Sayın Türkel Minibaş'a bu çok akılcı ve aynı zamanda duygusal sunuşu nedeniyle çok çok teşekkür ederiz.

Dördüncü konuşmacımız Sayın Prof. Dr. Mümtaz Soysal. Kendisi Anayasa Hukuku Profesörüdür. Uzun yıllar Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesinde Öğretim Üyeliği görevinde bulunmuştur, Kurucu Meclis üyesi olmuştur. 1961 Anayasasının hazırlanmasında büyük katkıları olmuş bir kişidir. Anayasa hukuku üzerinde çeşitli kitapları ve sayısız makaleleri vardır. Halen Hürriyet Gazetesi'nin köşe yazarlarından biridir.

Buyurun Sayın Soysal.

## Prof. Dr. Mümtaz Soysal

---

Anayasa Hukuku Profesörü

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Biraz önce Prof. Minibaş "vaktim var mı?" diye sormuştu, ben de "benim vaktimi de kullanabilir" demiştim; çünkü onun konuşması benim konuşmamı son derece kolaylaştırdı. Zaten daha önceki iki konuşmacı da kolaylaştırdılar; onlara da teşekkür etmek isterim. Şimdiye kadar bir bütünlük içinde geldik. Ben, huyum kurusun bazı bütünlükleri bozmaya alışığım. Bazı roller var ki olumsuz gözükebilir; ama aslında olumludur.

Konuşmamı dört bölüm içinde yapacağım; fakat birinci bölümü çok kısa olacak. Eksik olmasınlar Türkiye'nin baroları, Türkiye Barolar Birliğinden önce de Ankara Barosu, İzmir Barosu, İstanbul Barosu bu evrensellik kavramını, hukukun evrenselleşmesi kavramını ulusal egemenlik ve evrensellik kavramlarını incelediler. O bakımdan şunu söylemek istiyorum - orada düzeltmek gerekiyor: Biz evrensel hukuku küreselleşmeyle biraz karıştırıyoruz. Hukuktaki evrenselleşmeyi küreselleşmenin getirmek istediği küreselleşmiş hukuk anlayışıyla karıştırma eğilimindeyiz; çünkü çok

büyük bir küreselleşme bombardımanı altındayız. İsterdim ki -demin Mi-nibaş da söyledi, hatta ondan önce profesör Milacic de söyledi- bütün bu hukuk tartışmaları boşlukta olmuyor, daha doğrusu boşlukta oluyormuş gibi oluyor; ama bir siyasal çerçeve içinde oluyor ve o siyasal çerçeveyi, daha çok hukuk çerçevesi içinde tartışıyoruz. Oysa hukuku oluşturan da siyaset, normlar siyaset sonucunda oluşuyor. Bir ülkenin içindeki siyasal güçler dengesi ya da dengesizliği gerekiyor. Bunu eşitleştirmeden çok "acuation" dediği; yani denkleştirme değil uyarılama, uydurma biçiminde yapmak zorunda kalıyoruz. Oysa hukukta evrenselleşme, biraz düşünerssek, evren sözünden alırsak bizim hukukçulara çok daha şık gelecek bir biçimde bir doğal hukuk arayışıdır. Bütün bu evrende doğru olan ne olabilir acaba, hak nedir? Hukuk bundan başlıyor. Öyle olması çok güzel, hukukun güzelliği orada. Sürekli bir şeyi araştırmak peşindeyiz. Öyle bir şey araştırıyoruz ki bu dünyada değil de evrende de geçerli olsun. Bir yerlerde yaşayan, bizim gibi düşünen, bilinçli varlıklar varsa onlar da kazara bunu görsünler "bu bize de iyi geliyor" diyebilinler; evrensellik o. Onun için de dünyasallaşmayla ve hele onun kötü biçimi olarak bize aktarılmak istenen küreselleşmeyle özdeşleşmemesi gerekiyor.

Tabii ki bu arayış bitmiş bir arayış değil. Bunları kısa geçerek söylüyorum; çünkü özellikle Ankara Barosunun yaptığı toplantıda onun üzerinde daha çok durmuştum. Bu arayış, bütün yüzyıllar boyu devam eden bir arayış, hatta çok çelişkili bir biçimde devam eden bir arayış. Virginia Bildirgesi ya da Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi yayınlanıyor, aynı zamanda kölelik sistemi de var. O ortam içinde kölelik sistemini sürdürenler bir şey arıyorlar; bulabildikleri bu kadar oluyor. O zamandan bugüne geldik. Malum Birleşmiş Milletler Bildirgesi var, Avrupa Sözleşmesi vesaire. Bunlar; neler varsa, o dünyada daha çok kim egemense onların katkılarıyla oluyor. Bakıyorsunuz Birleşmiş Milletler Bildirgesi, bir Amerikan Fransız anlayışlarının bir çeşit sentezi, Madam Roosevelt ile Mösyö Kassel'in oturup oluşturdukları bir bildirge. Ucu açık, daha da geliştirilmesi gerekir. O bakımdan bu evrensellik kavramıyla küreselleşme kavramı üzerinde ve bugünkü küreselleşme eğilimlerinin o evrenselliği bozmaya nasıl teşebbüs ettiğini, bir çeşit insanlığa hatta evrenselliğe karşı bir çeşit suç girişimi içinde olduklarını saptamak gerekiyor.

En basitini alalım -daha önce de başka bir felsefe toplantısında tartışmış- tım- Paris Şartı. 1990'da soğuk savaş sona ermiş, cepheleşme bitmiş ve yeni görünürde bir dünya kuruluyor; fakat bu dünya kurulurken bunu daha çok Batı oluşturuyor, çünkü egemen olan, karşıyı çökertmiş olan o ve bakıyorsunuz -o cümle ilginç bir cümle- bu defa ekonomi vesaire bütün bunlar, insanları daha da özgürleştirmek için gelmiş gibi değil de, sanki özgürlükler, o yeni kurulmak istenen ekonomik dünyanın kurulmasına katkıda bulunması gereken kavramlar gibi. Paris Şartı "özgürlük ve siyasal çoğulculuk" diyor. Pazar ekonomilerini geliştirilmesi yönündeki ortak amacımız için zorunlu unsurlardır, piyasa ekonomilerini geliştirme yönünde bunlar zorunlu unsurlardır. Onlar bunun hizmetine girmişlerdir artık. Tabii, bunu daha fazla uzatmak istemiyorum; belki felsefeye doğru kayabilir.

Burada bir sorun var; burada sorun, küreselleşmenin tanımlanmasından başlayan bir sorundur. Zaten Türkçe'de de kavramları genellikle karıştırıyoruz. Acaba küreselleşme mi? Türkçe'ye söylediğimiz zaman onda bir mükemmellik iddiası yine var. Küre, geometride çok mükemmel bir biçim. Oysa "globalizasyon" dedikleri zaman yer küreselleştirme; yani pek de mükemmel olmayan, tepelerinden basık olan, geometride okuduğumuz zaman küre değil, yer küre dünya; glob o. Fransızca'sı daha iyi "mondializasyon" deniliyor; yani çarpıklığıyla birlikte bugünkü dünyanın felsefesi, evrensellik iddiasının olmaması gerekirdi. Ona dikkat etmemiz gerekiyor ve Türkiye'nin sorunlarını bu anlayış içinde evrensellik arayışına uydurarak, yoksa geçici bir döneme uydurarak ya da geçici kavramlara uydurarak değil. Bunun üzerinde fazla durmak istemiyorum.

Yeri gelmişken söylemek isterdim ki bu toplantılarda, madem demin söylediğimiz gibi çerçeveyi oluşturan siyasal güçlerdir, oluşturmaya çalışan onlardır. Hepimizin dilinin ucuna "keşke onlar bulunsa" demek geliyor. Bence daha da önemlisi keşke medya bulunsa, keşke iş çevreleri bulunsa. Türkiye'de bunlar çok da iç içe girdikleri için "biri bulunsa" demek belki yeter; ama asıl düşünceleri oluşturan, ülkedeki çerçeveyi oluşturan, dolaşısıyla Sayın Prof. Milacı'nın de söylediği gibi oyları alan onlar, yığınları daha çok onlar oluşturuyor; medya, politikacılar vesaire. Keşke onlar bu tartışmaların içinde bulunsalar.

İkinci ve belki asıl konumuz olan noktaya geliyorum; ulusal egemenlik. Tabii ki ulusal egemenlik bu arayış içinde, evrensellik arayışı içinde insanlığın oluşturduğu bir düşünce kategorisi ve son derece de yararlı, hatta bu evrensellik arayışını kolaylaştırıcı bir kavram. Tabii ki bugün evrenselliğin o yanına itiraz etmek aklımızın köşesinden bile geçmemeli. Ulusal devletin bu “insan hakları” dediğimiz hep o arayış içinde insanı üstün değer sayan ve “her şey onun için olsun” diyen arayış içinde ulusal egemenlik o arayışı engelleyici “hayır, bu benim insanımdır. Evrensel falan dinlemem, bunun eti de benim, kemiği de benim, işkence de ederim, parçalarım da” falan diyememeli; artık bunu anlatmaya bile gerek yok. Evrenselliğin o yönüne, ulusal egemenlikle evrensellik arasındaki ilişkinin o yönüne itiraz etmemek gerekir; ama acaba özellikle bizim daha çok dikkat etmemiz gereken bir başka yönü yok mu? Ulusal egemenliği kullanan ulusal devlet -daha önce de söylendi, Avrupa oluşurken de, Avrupa’da birleşme hareketi oluşurken de çok söylendi- aynı zamanda insan haklarını da hem ihlal eden, hem korumak için yaratılmış olan bir kavramdır. Ulusal egemenlik de bunun temelidir. Ulus, insan vatandaşlardan oluştuğu için egemendi.

Fransız İhtilalinin yarattığı kavram, insan eşit vatandaş; daha doğrusu vatandaş eşit insan. İnsan yaptığımız ölçüde vatandaş, insan yaptığımız ölçüde, insan saydığımız ölçüde de egemenlik hakkı vardır. İster Rousseau anlamında, ister başka anlamda alın, onun iradesiyle oluşan ulusal irade insanların iradesidir. Dolayısıyla, burada bir çatışma var belki; ama çok önemli bir husus daha var. Ulusal egemenlik ya da ulusal devlet, insanı insan yapıcı politikacıların çerçevesi olmak zorundadır; ama şimdi onun üzerinde birtakım baskılar. Baskılardan biri demin söylediğim olumlu baskı “sen vatandaşını insan yapmıyorsan ben dünya olarak sana müdahale ederim” dünya olarak ya da Avrupa olarak, neyse; buna bir itirazımız yok. Acaba bütün müdahaleler bu yönde mi? Acaba ulus devlete, ulusal egemenliğe yapılan müdahaleler, ulusal devletin insanı yahut vatandaşını koruma görevlerini, koruma olanaklarını zedelemek, küçültmek, daraltmak, yok etmek için mi kullanılıyor? Onun üzerinde son derece hassas davranmanız gerekiyor.

Demin Sayın Minibaş söyledi; bütün bu baskılar altında Uluslararası Para Fonunun, Dünya Bankasının, Dünya Ticaret Örgütünün ya da Avrupa Birliğinin Türkiye üzerindeki baskıları için de acaba Türkiye'deki, bugünkü Türk Devletinin ya da cumhuriyetle yaratılmış olan cumhuriyetin vatanı daha özgür, vatanı onu özgürlükten uzaklaştırıcı, zayıflatıcı, insanlık vasıflarını törpüleyici etkilerden koruma işlevini zayıflatıcı yönler yok mu? Ulusal egemenlik orada büyük önem kazanıyor. Bazı yerlerde önemini yitirmiş olabilir, bazı yerlerde hâlâ koruyor ve benim inancıma göre hâlâ da Türkiye'de koruması gerekir. O açıdan bakınca söylemek istediklerimi biraz daha somutlaştırmak istiyorum. Avrupa Birliğinin son olarak önümüze koyduğu Katılım Ortaklığı Belgesine baktığımızda, orada açıkça isimler de zikrediliyor; bu şimdiye kadar yoktu. Türkiye ekonomik ve sosyal politikalarını, Dünya Bankasının, Uluslararası Para Fonunun tavsiyelerine uydurmalıdır; bu bir Avrupa tavsiyesi haline geldi. Şimdiye kadar ki bütün o dünya ticaret, Uruguay bizim toplumumuzun "ne oluyor?" falan şeklinde farkına varmadan sonuçta kabul etmek zorunda olduğu, hatta çok iyi bir şey yapıyormuş gibi kabul ettiği, bütün o Tokyo'dan başlayıp Uruguay rantlar vesaire sonucunda ortaya çıkan dünya düzenini, bizim devletimizin Avrupa Birliğine tam üyeliğe doğru gitmesi için bir koşul olarak önümüze koyuyor. Tabii Kıbrıs bilmem Güneydoğu ayrı; ama bu da var. Bu belge bunu önümüze koyuyor. O bakımdan baktığınız zaman ulusal egemenliği ve böyle bir devleti Avrupa Birliği içine oturtmak nasıl olacak? Çünkü özellikle bizim gibi bir Anayasa sistemi olan bir ülke bakımından çok ciddi bir hukuk problemi var.

Bizim anayasalarımız; beğenelim, beğenmeyelim cumhuriyetten beri, bu sonuncusu da; yani en beğenmediğimiz 82 Anayasası da bir hususu söylüyor. Başlangıçta 1924 Anayasasında bunu basit, sembolik bir madde olarak almıştık. Devletin bazı nitelikleri var ki Cumhuriyet Anayasasında (24 Anayasası) o çok mütevazı idi, yani çok anlamlıydı. Fakat hukuk bakımından çok da tartışılmayacak bir biçimde sembolik değer taşıyor. Devletin cumhuriyet vasfını Anayasa değişikliğiyle öneremezsiniz bile, böyle bir Anayasa değişikliği önergesi veremezsiniz "cumhuriyet yıkılsın da padişahlık gelsin, Ali Ferik gelsin" diyemezsiniz. O zaman cumhuriyet bitmiş demektir. Cumhuriyetle devletin varlığını müthiş bütünleştiren bir husus. Şimdiki Anayasada da var ve Anayasanın 4. Maddesi diyor ki



-cumhuriyet olduğu hakkında zaten bu eski şey devam ediyor- “2. Madde-  
sindeki cumhuriyetin nitelikleri ve 3. Maddesi -başkent vesaire- bunların  
da değiştirilmesi dahi önerilemez” 2. Maddeye bakıyorsunuz cumhuriyeti  
tarif ediyor “toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde  
insan haklarına saygılı” eskisi “insan haklarına dayanan” diyor; bu hiç ol-  
mazsa “insan haklarına saygılı” diyor. Atatürk milliyetçiliğine bağlı, baş-  
langıçta belirtilen temel ilkeler -o bence büyük hata; yani o temel ilkeler  
nerede? Bulmak zor- arkasından gelen demokratik, Türkiye Cumhuriyeti-  
nin laik ve sosyal hukuk devleti olma niteliğini değiştiren Anayasa deği-  
şikliğinde dahi bulunamazsınız. Neler oldu? Bu nitelikler, sosyal devleti  
falan bırakın hukuk devleti vesaire bütün bunlar önerildi.

Bakanlar Kurulu oturuyor “Anayasanızı da değiştirin” diyen Katılım Or-  
taklığı Belgesini muhtemelen “ev ödevini zaten biz istemiştik, verdiniz -  
harita mı, yol haritası mı neyse- onu 10 sene içerisinde yapacağız” diyor  
çok acelesi varmış gibi. Madem “10 sene” dediler bari 9 sene bekle değil  
mi? Bunu yaparken yapması gerekenlerden biri de Anayasayı Avrupa  
müktesebatına uydurmak; çünkü Avrupa Birliğine girişin, tam üye olun  
aşlında şimdiye kadar ki demokratik katılım ve demokratik irade teorile-  
rini sarsan bir şeyi var. Girenken size “siz şimdiye kadar Avrupa’da oluş-  
muş ne kadar kural varsa, Avrupa müktesebatı ya da acquicomunoter  
(topluluk müktesebatı) dediklerini de kabul ettiğinizi söyleyerek girecek-  
siniz” diyorlar; yani “ben gireceğim, pazarlık edeceğim, değiştireceğim fa-  
lan. Belki ilerde yaparsınız; ama girerken bunları kabul ettiğinizi söyle-  
yerek gireceksiniz. Oysa bütün o demokratik teorilerde, hele Rousseau’da  
falan o ortak irade, siz de katıldığınız için oluşmuş olan iradedir. Niye  
“ulusal egemenlik” falan diyoruz; çünkü ulusuz, kurullarımızı da kendi-  
miz oluşturuyoruz. Şimdi başkalarının oluşturduğu bir kurallar bütünü-  
ne girerken “evet, gözüm kapalı ben bunları kabul ediyorum” diyeceksiniz.  
Bir taraftan da Anayasanız “teklif dahi edemezsiniz; bırakın Avrupa kara-  
rını falan siz bunu Türkiye’de dahi teklif edemezsiniz” diyor.

Aslında geçen gün onun için Prof. Stern’in bildirgesine atıfta bulundum.  
O bir kapı, imkân arıyor. Anayasalarımızda böylesine yüce ilkeler varsa -  
ki Alman Anayasasında da var- “Benim kendi kendime dahi öneremeyece-  
ğim bir konuyu, Avrupa bana nasıl olur da önerir, hatta koşul olarak ko-

yar? Duymak dahi istemiyorum” falan dememiz lazım. Nasıl “Türkiye’de padişahlığı geri getirecek bir husus duymak dahi istemiyoruz” diyoruz burada da, Başbakanın deyimiyle “düşünmek dahi istemiyorum” dememiz lazım. Sindirme artık geçti, mideden falan kafaya... “biz bunu düşünemeyiz” dememiz lazım; ama böyle bir çıkmaz içindeyiz.

Tabii Alman hukukçu arıyor, arama gücünü kendi hissediyor; çünkü Avrupa Birliğini Fransa ile birlikte onlar oluşturuyor. Artık kim kimi, ne kadar, hangi konuda kullanıyor? O ayrı mesele. Birinden biri kaybettiği iki dünya savaşının sonunda üçüncüsünü böyle kazanarak bin yıllık yeni düzeni kurmuş olacak, öbürü yıkılmış olan imparatorluklar yerine Avrupa. Neyse buna girmeyeyim; o siyasi iş.

Onlar güçlü devletler ve onlar kapılarını böyle bir uzlaşmaya açabilmenin hukuki yollarını arama gücünü kendilerinde hissediyorlar; ama biz niye hissetmeyelim? Biz, niye şimdiye kadar hissetmedik de gözümüz kapalı tüm bunlar çok doğalmış gibi ev ödevi de istedik. Ev ödevinin içinde bu da var; yani “ananıza küfredin” falan diyen bir ödev var. Öğrenciye en büyük öğretmen de böyle bir şey önerse “hayır” deyip isyan eder değil mi?

Yalnız biz değiliz. Önümde kalınca bir şey var. Bakın biz, New York’ta Kıbrıs görüşmeleri falan olurken -geçen marttı galiba, nisan ya da mayıttı- geçen baharda Lahey’de bir toplantı oldu ve bir enstitü, Avrupa Birliği üyesi olan ve aday olan ülkelerin Anayasa hukukçularını Hollanda’da topladı “anayasalarımızda ne yapmak gerekir ya da girenler neler yaptılar? Önce onlar, ağabeyler söylesin siz de ne yapacağınızı öğrenin” gibi bir toplantı oldu. Orada dikkatimi çeken Baltık ülkeleri falan vesaire çok kolay “tabii, ne neyse yapalım” dediler. Ben Türk olarak biraz güçlük çektim; ama güçlük çekmeyen ülkeler çok. Çünkü onlar, özellikle bu soğuk savaş sonrasında kendilerini dünyada oturabilecekleri bir çerçeve arıyorlar. Eskiden Varşova çerçevesi içindelerdi, şimdi Batı çerçevesi içine, Avrupa içine girmek istiyorlar. Kolaylıkla bunu ya da böyle bir yaklaşımı kabul ettiler. Çok da haksızlık etmek istemiyorum. Bu evrensel arayışın bir parçası olarak da bunu yapmak isteyenler vardı; ama baktığımız zaman siyasal tablo bu. Zayıflar, ne biçimiyle olursa olsun önlerine konan bu küreselleştirici, bütünleştirici önerileri kabul edebiliyorlar.

Buradan üçüncü noktaya geliyorum. Aslında dünyada ne oluyor? Bu küreselleşme kavgasında egemenlik, ulusal egemenlik vesaire dolayısıyla ulus devlet açısından ne oluyor? Çok ilginç şeyler oluyor. Onu 4 alt başlık altında incelemek istiyorum. Birincisi zamanımızın uluslararası politikası, uluslararası çelişkileri ya da çatışmaları nitelik değiştirdi. Aşağı-yukarı 19. Yüzyılın ortalarından, hatta başlarından başlayıp 20. Yüzyılın ortalarına gelinceye kadar -Birinci Dünya Savaşı sonu bunun sonu oluyor- büyük güçler "büyük devletler" diyelim dünyayı paylaşma kavgası içindeler. O dönemdeki çatışma iki yüzyılın yarılarını birleştiren, belki daha doğru söylemek lazım, 1800'lerin ikinci yarısından başladı gerçek anlamda 20. Yüzyılın ortasında bitti. Orada dünyayı paylaşma kavgası var, emperyalistler birbirlerini yiyorlar. Ondan sonra ilginç bir şey oluyor; dünyada özellikle bağımsızlaşmalar falan ortaya çıktıktan sonra temel çelişki kuzey-güney çelişkisidir, ki aşağı-yukarı bu yarı kürelere bu defa ters olarak oturduğu için öyle ifade ediliyor; ama kısaca zenginler, yoksullar var. Ekonomik bakımdan güçlüler, güçsüzler çelişkisi. O çelişki içinde baktığımız zaman ulusal devletin kaderi çok farklı gözüküyor. Bir yerde müthiş bir bütünleşme var. En klasik örneği Avrupa; ama Kuzey Amerika'da vesaire var. Kanada'yla Amerika ve Meksika'yı da ekleyip bütünleşiyorlar. Güçlüler, kendi içlerinde bütünleşerek daha güçlü hale geliyorlar. Tabii devletler mi bütünleşiyor, sermayeler mi; o ayrı. Toplumlara baktığımız zaman oralarda bir bütünleşme, neredeyse Avrupa devletine doğru bir gidış var ve dünyada Amerika'ya karşı vesaire müthiş bir güç ortaya çıkıyor.

Öbür tarafa, güney ya da güçsüzler yarıküresine baktığımız zaman orada başlangıçta çok sağlıklı gördüğümüz bir olay, git gide sağlıksız bir biçimde, bir hastalık halinde ve hatta yukarıdan, güçlülerden getirilen virüslerle geliştirilmiş bir hastalık halinde devam ediyor; o da bölünme. O gücün karşısında ne varsa onun zayıflatılması gerekiyor. Onun için oralarda bir çoğalma var, devlet sayısında çoğalma var. Biz "Avrupa artık 15, bilemediniz 20 küsur devletten oluşan bir büyük devlet oluyor, orada devlet sayısı azalıyor" diyorsunuz. Avrupa bu oluşum içinde, baktığımız zaman, bir Yugoslavya'yı, bir Sovyetler Birliğini kaç devlet haline soktu? Burada Sovyetler Birliği aslında bir Rusya emperyalizmiydi, Yugoslavya Sırpların ağır bastığı bir ülkedi "bütün bunlar sağlıklıdır" diyebilirsiniz; ama dünyanın öbür köşelerinde yaratılan bu küçük egemenlikler öyle ya da böyle

oluşmuş, başkaları tarafından çizilmiş sınırlar içinde de olsa oluşmuş ulusal egemenlikleri parçalayıcı egemenlik, mini egemenlik anlayışları, bölgelerin devletleştirilmesi, Avrupa'nın kendi içinde devletler Avrupa'sı, uluslar Avrupa'sı yerine bölgeler Avrupa'sı kavramını getirmesi orada bir ulusal egemenlik kavramının iyice zayıflatılması gözüküyor; bu birinci olay. Buna bakmak ve kendi durumumuzu, kendi sorunlarımızı ve bize getirilmek istenen yaklaşımları buna göre değerlendirmek gerekiyor.

Tabii bunun ikinci yönü üzerinde durmayayım. Sayın Prof. Minibaş onu daha çok ayrıntılı söyledi. Hukukumuzun bu anlamda zayıflatılması, tahkimler vesaire. Tabii bu zayıflatacağız diye yapılmıyor. Tam tersi "size yatırım lazımdı; yatırım gelmiyor, ekonominiz o bakımdan sıkıntı çekiyor. Ekonominiz güçlensin diye bunları getiriyoruz" deniyor. Bu arada demin söylediğime, ikinci noktaya dönüş yapmak istiyorum. Acaba bir devlet vardı ve özellikle kuruluşunda bugün getirilmek istenen yaklaşımların zaten yarı yarıya gerçekleşmiş sonuçlarına karşı kurulmuştu. Yarı sömürge haline getirilmiş olan imtiyazlar, bilmem Duyunu Umumiyeler falan altında, konsolosluk mahkemeleri bilmem ne içinde o durumda olan bir Osmanlı yaklaşımına karşı "hayır, ulusal egemenlik" diyen ve sonuçta, özellikle 30'dan itibaren ekonomisini başka türlü güçlendirmek isteyen bir cumhuriyet bizimki. Bu cumhuriyetin hukuku bu hale sokulduğu zaman sorulacak soru o cumhuriyetin, o ulusal devletin vatandaşı insan yapan; yani özgürleştiren, daha çok haklarla donatan, eğiten, şunu veren, sanat vesaire, konservatuarlar, şunlar bunlar kuran ve bunları kurarken "benim ödevim mi canım? Sanat varsa kendi kendine olur" falan demeyen bir cumhuriyete karşı onu zayıflatıcı bir etki mi acaba? Dolayısıyla, bizim bakımımızdan tarihimizde bir geriye dönüş; geriye dönmek istemediğimiz bir geriye dönüş mü? Tabii bu geriye dönüş falan diye verilmiyor. Bilakis "biz sizi çok ilerleteceğiz, çağdaşlaştıracacağız, küreselleştireceğiz" diye geliyor; ona dikkat etmek lazım. Onun üzerinde daha fazla durmuyorum.

Bir yönü daha var ki belki idare hukukçularını daha çok ilgilendirebilir. Çok az kimse onun üzerinde duruyor. Oysa onun etkilerini de görüyoruz. Yürütme yapısını, yönetim yapısını değiştiren ve bunu da yine çağdaşlık, katılımcılık, demokrasi vesaire adına yapan bir etki; onu görüyorsunuz. Tarımdan söz edildi; yüzde 1'den fazla devlet yardım etmiyor. Tarım poli-

tıkası devletin elinden, sorumlu hükümetin elinden alınıp kime karşı sorumlu olduğu bilinmeyen kurullara... Tarım Reformu Kurulu kurulacak. Adını unuttuğum bir Amerikan bakan, arkadan IMF'ciler falan geldi. Türkiye güya tarım reformuna gidiyor. Tabii bütün kusurları falan ayrı mesele; ama üretici kooperatifleri vesaire devlet yardımı kesilecek, güya küçük çiftçiye yardım vesaire dönüşecek. Fakat bütün bu tarım reformunu oluşturmak için 4 yıl mı, 5 yıl mı süreyle tam yetkili olan bir komisyon kurulacak ve oraya tıpkı Türk Telekomun yönetiminde "yüzde 33 yetkisi olan da oraya yönetir" dercesine o komisyonda bulunanlar Tarım Bakanı kadar etkili olacaklar. Tarım Bakanı doğru mu iş yapıyor? O ayrı mesele. Bu mekanizma şimdiye kadar iyi mi işledi, düzeltme yolu bu mu, yoksa bizim idare hukukunun falan temel şeyi vardı -yönetenler, yönetilenler- onu çağdaşlaştırmak, katılımcı hale getirmek; herhalde bu temel ayrımın gerisindeki felsefeyi unutmamak. Ne kadar katılırsak katılalım orada bir olay var ki hukukla düzenlemesi, sorumluluk mekanizmalarının kaybolmaması gerekirdi.

Hükümet kavramı yerine "governens" diye bir kavram çıktı; duyuyorsunuzdur. Çok çağdaş bir kavrammış gibi ilericilerin falan da ağzından düşmüyor. Yönetişim diye çevirmek lazım; yönetim değil de yönetişim, hep birden birbirimizi yönetiriz. Kim kime ne yapacak belli değil. Böyle devlet yapısını belirsizleştirmek, berraklığını kaybedip neresinden nasıl tutacağınızı şaşıracağımız bir biçimde bütün kamu hizmetlerini bu çeşit kurullara aktarmak. İlk bakışta çok şık gözüküyor "içinde ben de bulunacağım" falan; herkes memnun. Maaşlar falan da "bu adi devlet zaten barem falan diye bir şeyler çıkardı, herkese düşük maaş veriyordu. Oysa bu kurulun üyeleri bilmem en yüksek devlet memurun aldığıнын 5 misli maaş alacak" dediniz mi o kurula girmek isteyenler de bayram ediyor ve hem de "yönetiyoruz" diyorlar. Halbuki ücret sisteminiz bozuksa düzeltin. Bu laf hiç duyulmaz oldu. Türkiye'de personel reformu diye bir şey duyuyor musunuz? Duymuyorsunuz. Yönetim reformu diye -ben yıllarca kurullarda şurada burada çalıştım- bir kavram vardı. Raporlar hep yazılır yazılır; uygulanmadı, o kavram da ortadan çıktı. Şimdi governens reformu var. Bu da, bu çerçeve; yani küreselleşme dolayısıyla bize aktarılan kavramların biri.

Sonuncusu üzerinde durmaya gerek yok; ama bu ulusal devletin halkını yoksullaştırmaktır. Özelleştirmeye baktığınız zaman özde nedir? Yolsuzluklarını falan bugün tartışılan konularını bir tarafa bırakıyorum. Özde nedir? Benim elimde cumhuriyetin o dediğim büyük amacı; yani vatandaşını insan yapabilen amacını gerçekleştirmek için edindiği araçlar. O amaç henüz gerçekleşmemişken kusurları vesaire vesile edilerek, bahane edilerek, bazen kusuru olmasa bile bu defa “borca battık, borcu ödeyemiyoruz bu para ediyor” diye elimizden çıkıyor. İletişimden ulaşımaya kadar o benim davalı kavgalarımın biri olduğu için fazla ayrıntısına girmiyorum; ama özü devleti, daha doğrusu kamuyu -“devlet” demek belki yanlış-zayıflatma sonucu doğruyor. Dolayısıyla, karşısından gelen baskılara daha az karşı koyabilecek duruma sokuyor. Sizin ulaşımınızı falan da eline geçirmişse, iletişiminizi eline geçirmişse, para getirecek şeylerinizi eline geçirmişse iradesini size artık daha kolay dikte edecek demektir; bu var. Bunun üzerinde de yine bu anlamıyla düşünmek gerekiyor.

Başlangıçta söylediğime giderek son bölümle kapatmak istiyorum. Bütün bu olay içinde, bütün bu evrenselleşme, küreselleşme vesaire bu kavgalar ve bunun demin söylediğim yönleri karşısında Türkiye'nin, Türkiye olarak yapması gereken ve yalnız ulusal görev değil, zannediyorum insanlığa karşı bir görev var. Biz ne dedik? “Atatürk, ilk defa mazlum milletler bilmem ne şeye karşı çıktı” dedik; yani o zaman da bir çeşit küreselleşme vardı. Birinci Dünya Savaşı bitmişti, artık bu sömürgeci devletler, başka sömürge olmak isteyen devletlerin de haddini vermişlerdi; onlar egemendi. Fransız, İngiliz artık bunlar dünyayı yönetecekler. Genel Sekreteri İngiliz olan Milletler Cemiyeti diye bir kuruluş da kurdular “siz bu düzene tabi olacaksınız. Öyle ulusal, bağımsızlık, ulusal ekonomi bilmem ne onlar zaten Bolşeviklerin çıkardığı şeyler; bunlara aldırış etmeyin” diyen bir bombardıman karşısında, hatta içeriden mandacıların “biz çağdaşlaşacak ancak Amerika çağdaştırır, bizi ancak İngiltere korur” falan diyen kendi insanlarına rağmen kurulmuş olan bir cumhuriyet, bugün ona benzer bir rol karşısında bence hareketsiz kalamaz. Hani “titre, kendine dön” falan diyoruz; ama titreyip acaba bizim bir görevimiz olabilir mi? Bu kadar edilgen bir biçimde her şeye razı olmalı mıyız? Bütün bunları yapmış o anlamda bir dünya devleti olarak -Avrasya bilmem ne falan dünya devletiyiz- bu anlamda dünyada bir rol oynamış olan, o rolü iyi anlatamamış,

öncülüğünü yapamamış, hatalar falan yapmış; ama bu rolü oynamış bir devlet olarak kendisi sömürge olamamış -o anlamda aptalca bir imparatorluk oluyor. Herkes sömürmüş, biz en çok kendi kendimizi sömürtmüşüz. Anadolu en fakir yeri- ondan sonra da kendisini daha da sömürmeye kalkanlara, kendi kendisini sömürgesi yetmiyormuş gibi, karşı çıkmış bir devlet olarak bu olaylar karşısında çok çok aktif oynamamız gerekirdi.

Ben üzülüyorum; Seattle'da şurada burada uluslararası ticaret şeyi. Bir Mısır, bir de Hindistan çıkıyor "olmaz" diyorlar. Hadi Hindistan bağımsızlığını, ekonomisini bir ölçüde korumaya çalışan bir devlet. Mısır bile çıkıyor "hayır, olmaz" diyor. Türkiye beraber oy veriyor. Nasıl vaktiyle Cezayir'e karşı Fransa'yla beraber oy kullandı. Bu gibi olaylarla kendi kendimize karşı oy kullanıyoruz. Bence asıl hatırlamamız gereken ve biraz bilincine varmamız gereken ve asıl dünya devleti olmanın kapısını açacak olan yaklaşım budur. Bunu da biraz yanlış politika merakı olan birisi olarak söylemek istedim; ama bütün bu kavgaları bu bütünlük içinde vermek gerekir.

Ben dün bulunamadım; İstanbul'da Harp Akademilerinin bir toplantısı vardı. Avrupa Birliğinin Türkiye'ye hani bu "olmaz" dediğimiz hususların da kabul ettirilmesine karşı bir mücadele var; bunu asker dahi yapmak gereğini hissetti. Yarın Bandırma'ya gideceğim; çünkü bir taraftan da Türkiye'nin en değerli ekonomik varlığı olan bor madenleri satılıyor. Boraks dünyanın en değerli madenlerindedir, petrol kadar, neredeyse altın kadar önemlidir. Bütün zırlı araçlarda vesaire kullanılan bir madendir ve Türkiye, dünya rezervlerinin yüzde 63'üne sahiptir. İkinci olarak yüzde 13'le Amerika var ve onlar kendi şeylerini kullanamıyorlar dahi; çünkü düşük kalite. Dünya Türkiye'ye bu bakımdan muhtaç. Türkiye kamulaştırdığı halde -vaktiyle şirketler berbat etmişler, yüzeyini kullanmışlar- bunu bir kenara bırakıyor "kamulaştırma kötü, kamu işletmesi kötü" Özelleştirme Yüksek Kurulu kararıyla ve tabii yine şık görüntülerle bunu da dünyaya sunuyorlar. Yerel girişimcilerimiz ortaklarıyla birlikte almış gözükecek. Kendi sanayimiz vesaire daha özgür olacakmış gibi bir görüntü içinde, en değerli varlığımız, bundan daha açık bir yoksullaştırma girişimi olamaz; bu gidiyor. Bütün bunları ulusal egemenlik, evrensellik vesaire çerçevesinde ciddi olarak düşünmemiz gerekiyor. Onun için isterdim ki

politikacılar, işadamları ve medyacılar burada olsunlar ve bu tartışmanın içinde bulunsunlar. Pek de fark etmiyor; hepsi birden bulunsalar ya da temsilen birisi bulunsa olabilir.

Teşekkür ederim Sayın Başkan. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

Sayın Soysal'a bu aydınlatıcı sunuşundan dolayı çok teşekkür ederim.

Sayın Vaner, bundan sonraki ve son konuşmacımız. Ona haksızlık etme durumuna geliyorum. Sayın Vaner lütfen 15-18 dakika içinde tutun; çünkü bu konuyu tartışmaya açabilmek için elimizde ancak 10 dakika gibi bir durum olacak.

Sayın Semih Vaner Lozan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi mezunu, Paris 1 Üniversitesi Sorbon Siyaset Bilimler doktorasını almış, Bursa Üniversitesi Doktora Asistanlığını yapmıştır. Paris'te Uluslararası Araştırma ve İnceleme Merkezinde 1981'den bu yana araştırmacıdır ve kendisi Doğu Akdeniz ve Türk-İran Dünyası isimli, Paris'te yayınlanan "Cemoti" isimli 6 aylık derginin editörüdür.

Buyurun Sayın Vaner ve lütfen 15-18 dakikayı geçmeyiniz.

## Dr. Semih Vaner

Uluslararası Araştırma ve İncelemeler Merkezi - Paris

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Aynı zamanda beni bu toplantıya davet eden Türkiye Barolar Birliği Başkanının şahsında, Sayın Eralp Özgen'in şahsında organizatörlere de teşekkür etmek isterim. Türkiye 3 000 kilometre öteden izlemeye çalışan bir araştırmacı için 5-6 gün boyunca böyle değerli bildirileri dinlemek, benim açımdan çok büyük değer taşıyor. 15-18 dakikayı geçirmemeye çalışacağım Sayın Başkan. Belki ilk olarak top-



lantının, bu oturumun başlığına tekrar göz atarak, herkes kendi duyarlılığına, herkes kendi uzmanlık alanına ve önemseydiği hususlara göre başlıkları okuyor “küreselleşme, evrensel değerler ve ulusal egemenlik” böyle bir toplantı Barselona’da veyahut Korsika’da yapılsaydı muhtemelen ulusal egemenlik kavramı yerine azınlık hakları veyahut kültürel haklar veyahut bölgecilik deyimleri ön plana çıkarılırdı. Paris veya Madrid’de yapılsaydı ulusal egemenlik deyimini kullanma eğilimi belki de ağır basardı “ağır basardı” diyorum; çünkü Paris gibi aynı zamanda evrensel değerleri ön plana çıkarmaya çalışan, öyle bir simge olmaya soyunan bir kentte tabii kültürel haklar, azınlık hakları da siyasi çevrelerde olmasa dahi aydın çevrelerinde daima ön plana çıkarılıyor.

Tabii Ankara gibi Orta Doğuda mutlakiyeti yıkıp ulusal egemenlik bayrağını açan ilk ülkelerden birinin başkentinde ulusal egemenlik kavramının ön plana çıkarılması da, onun üzerinde durulması da pek şaşırtıcı değil. Türkiye Barolar Birliğinin dolaylı olarak yaptığı sorgulamada herhalde biraz bu. Eğer yanlış okumuyorsam herhalde “küreselleşme çağında ulusal egemenlik kavramına nasıl bakmak gerekir?” diye soruluyor veyahut “bu kavram, evrensel değerlerle ne kadar bağdaşır, bu konuda ne dersiniz?” diye soruluyor. Ben hukukçu olmadığım için bu soruya daha çok, hatta tamamen siyaset bilimci olarak bazı yanıtlar getirmeye çalışacağım.

Küreselleşme ve evrensel değerlere gelmeden önce iki ögenin altını çizmekte yarar var; zaman ve mekân öğeleri. 1920-1923 yılları Türkiye’sini, Ankara’sını düşünürsek o dönemde ulusal egemenlik kavramının çağrıştırdığı kuşkusuz çok devrimci, yenilikçi, ileri bir niteliği vardı. O deyim; milli iradeyle başlayan, ondan sonra ulusal irade veyahut ulusal egemenlik diye ifade edilen, 1922’de yıkılan saltanat rejimi yerine kurulan cumhuriyet rejiminin ideolojik dayanağı idi; yani onu meşruluk araçlarından biriydi. 2001 yılındaki Türkiye’de ulusal egemenlik kavramı bayatlamış, eskimiş bir kavram değil; fakat artık saltanat düzeni geride kalmıştır ve tekrar tesis edilmesi de söz konusu değildir, en azından pek kolay gözükmemektedir, tartışması dahi kolay değildir. O tartışma, muhtemelen de somut olarak bir sonuç vermeksizin, daha çok cumhuriyet gibi çalışan parlamenter rejimlerde bir monarşinin istikrar unsuru olup olamayacağı etrafında yapılacaktır. Dolayısıyla, ulusal egemenlik gibi bir kavramı çağ-

rıştıran, 1950'lerden beri daha çok uluslararası ilişkiler içerisinde bağımsızlık, ulus devlet modeline gönderme yapan, ulus kavramını sorgulayan yeni bir nitelik kazanmıştır. Bu olgu herhalde Türkiye veyahut diğer ülkeler dahi düşünülürse içsel dinamikler, bölgesel dinamikler nedeniyle ortaya çıkan etnik talepler, kültürel istekler ulusal egemenlik kavramını böyle bir yeni tartışma niteliği kazanmasına yol açmıştır. Buna bir ölçüde küreselleşme ve meseleyi Türkiye açısından düşünürsek birçok engelle karşılaştığımız, Avrupa ile bütünleşmek gibi olaylarda hız kazandırmıştır. Ben küreselleşmeyi sosyalleşme veya ticarileşme gibi ideolojik bir kavram olarak değil de, önüne geçilmesi zor bir olgu olarak kullanıyorum.

Bir de mekân sorunu var; ulusal egemenlik kavramını mekân içerisinde de görmemiz gerekiyor. Ulus devlet modelinin tarihsel olarak büyük ağırlık taşıdığı Türkiye, Fransa ve Yunanistan gibi jakoben geleneği olan, asimilasyonist, özümleyici toplumlarda ulusal egemenlik kavramı daha büyük bir önem arz etmekte; fakat tarihsel evrimleri değişik olan, merkezi devlet geleneğini tanımamış Amerika, Kanada, Avustralya gibi ülkelerde ulusal egemenlik kavramının çağrıştırdığı şey çok daha zayıf. Bu bakımdan kavrama herhalde mekân içerisinde de bakmak gerekiyor.

Küreselleşme üzerinde biraz duralım. Etkileşim gerçekten çok arttı; devletlerarası, uluslararası ve daha son 20-25 yıl içerisinde devletlerin denetim altına almalarının güçleştiği toplumlararası ilişkiler çok arttı. Bu olay tabii iletişim araçlarının çok gelişmesi çok önem taşıyor olsa da, sadece iletişim araçlarını olağanüstü gelişmesi ile ilişkili değil. Küreselleşme bir ölçüde, meseleyi siyasi açıdan da ele alırsak, komünist rejimlerin yıkılması ve serbest piyasa ekonomi anlayışının çok daha geniş bir çevrede siyasal seçkinler tarafından kabul edilmesi ve kitlelere kabul ettirilmesi şeklinde de almak gerekiyor. Ulusal egemenlik kavramını hem uluslararası ilişkiler düzeyinde, hem de içsel düzeyde irdelemek, ele almak mümkün. Küreselleşme ve devletlerarası giriftleşmesi, toplumlararası ilişkilerin ortaya çıkması, ulusal egemenlik olgusunun zayıflamasına da yol açıyor. Bunun en güncel, en çarpıcı örneklerinden biri Avrupa Birliği'nin içindeki oluşumlardır. Bu birliği meydana getiren ulusların, devletlerin kimi egemenlik haklarını süpranasyonal; yani uluslar üstü organlara devretmesi söz konusudur. Bu sürecin muhtemelen hızlanarak ilerleyece-

ği de öngörülebilir. Ulusal egemenlik kavramının pek hayati sayılmadığı Hollanda, Belçika, Danimarka gibi ülkelerin bu gidişe ayak uydurmaları muhtemelen pek zor olmayacak; fakat benim yaşadığım Fransa gibi bir ülkeden bu gidişata hem sol, hem de sağ içinden çok önemli dirençler geliyor. Bunlara bir ad da bulundu souverainistler, yani egemenlikçiler. Sosyalist Parti içerisinde çok büyük ağırlığı olan Jean Pierre Chevenman ve yahut sağın tenor, afiş isimleri Charles Pasqua, Phillipe de Viller, şimdi Paris Belediye Başkanlığına adaylığını koyan Phillipe Segene gibi kişilerden dahi egemenlik haklarından ödün vermemek yönünde çok önemli dirençler geliyor. Diğer Avrupa Birliği ülkelerinden de bu yönde örnekler vermek mümkün. Örneğin, şu sıralarda dönem başkanlığı yapan İsveç, Avrupa para birimi olan Euro'nun kendi sınırları içine girmesine karşıdır. Dolayısıyla, bu da bir yerde ulusal egemenlik kavramına gönderme yapıyor.

“Sınırlar” dedik; ulusal egemenliğin, her halükârda ulus sözcüğünün çağrıştırdığı kurumlardan biri de sınırdır. Ulusal çıkarların savunulması açısından bakıldığında ulus devlet ulusal egemenlik modelinin hâlâ çok etkin olduğu görülüyor. Türkiye’den örnek verelim; daha birkaç yıl önce Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı olan bir zat, ümmet yaklaşımıyla gittiği Libya’da albay Kaddafi’nin çok katı ulusal devlet mantığıyla karşılaşmıştı; yani “Filistin Devleti kurulsun, Kürt Devleti kurulsun” falan nevinden çok katı bir ulusal devlet anlayışıyla karşılaşmıştı. Dolayısıyla, artık ümmet yaklaşımıyla uluslararası ilişkilere bakabilmek çok zor. Orta Doğu haritasına bir göz gezdirelim. Aynı etnik kökene sahip olmakla birlikte Arap dünyası birbirinden sınırlarla ayrılmış, ulus devlet modelinin hakim olduğu ülkelerden oluşmaktadır. İslam’a dayandığı söylenen devrim İran’ı dahi İslami mesihçilikten vazgeçmemiş olsa dahi bölgesel politikasını, dış politikasını daha çok ulusal çıkarlar, dolayısıyla ulus devlet anlayışıyla yönlendirmektedir.

Sorun galiba şu: Hoşgörüsüz ve rijit bir ulus devlet anlayışıyla çeşitlilik ve çok kültürlülük ilkelerine, dolayısıyla evrensel değerlere rijit bir ulusal egemenlik anlayışıyla yeni uluslararası gelişmelere, hele bütünleşme eğiliminde tercihler belirlemiş bir ülke için yapılması güç bir konu. Bu rijitlerden belki uzaklaşmak gerekiyor. Avrupa ile olan ilişkilerimizi düşün-

lim; ya teslimiyetçi bir anlayış içerisindeyiz, Avrupa istediği için bazı şeyleri gerçekleştirme eğilimindeyiz yahut da biraz komplo teorisi yaklaşımıyla Avrupa sürekli komplolar hazırlıyor. Dolayısıyla, kendimizi bu komplolara karşı korumak durumundayız gibi. Birbirinden çok uzak iki uç davranışı benimsiyoruz, belki iki uç davranış arasında daha dengeli değerlendirmelere ulaşmak mümkün.

Evrensel değerler arasında biraz demokrasi ve gittikçe önem kazanması beklenebilecek çok kültürlülük ve insan hakları, azınlık hakları üzerinde durmak istiyorum. Sayın Mümtaz Soysal'ın enerjik muhalefetiyle karşılaşacağımı bildiğim için serbest piyasa ekonomisi bu evrensel değerler içerisine dahil etmiyorum. Evrensel değerler konusunda belki bir konuya dik kat çekmekte fayda var; o konuda Sayın Soysal ile mutabıkım. Bu değerler, genelde Batı tarafından -kısaca söylemek gerekirse Amerika ve Avrupa Birliği tarafından- onun dünyanın geri kalan kısmını algılamasına, hatta bu evrensel değerler bir ölçüde kendi stratejik, siyasi ve ekonomik çıkarlarına göre belirlenme eğiliminde "demokrasi" denildiğinde "insan hakları" denildiğinde, daha çok Batıda oluşturulmuş demokrasi anlayışı ve hukuk devleti kavramları anlaşılıyor; konu bu kadar basit olmasa da hi.

Demokrasinin ulus devletler ve ulusal egemenlik gibi kavramlarla ilişkisine bakarken de belki şu noktayı eklemekte fayda var: Siyaset bilimciler genellikle demokrasinin ne tür tarihsel ve siyasal alanlarda geliştiği konusunda pek mutabık değiller. Kimileri demokrasinin ancak homojen toplumda, ulus devlet modelini benimsemiş toplumlarda gelişebileceğini, çoğulcu kültürel yapıya, çoğul etnik yapıya sahip toplumlarda demokrasinin gelişme olanağının sınırlı olduğunu ileri sürenler de var; bu konuda çok mutabık değiller. Benim yaklaşımım bu değil; çünkü homojen toplumlarda gerçekleştirilebileceği yönünde değil, çünkü bu biraz Batıyı unutmak oluyor. Batı gibi toplumlarda da o homojenite yok, etnik çoğulluk var "buna rağmen Batı genelde demokrasiyi gerçekleştirebilmiş" denilebilir. Burada karşımıza azınlıkların siyasi ve kültürel haklarının korunması sorunu karşımıza çıkıyor. Bu da, demokrasinden bahsederken daima hatırlattığımız demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan siyasi partiler ve siyasal örgütlenme gibi konuları önümüze çıkarıyor.

Azınlık hakları ile siyasal partiler arasındaki ilişkiye baktığımızda herhalde önümüzdeki yıllarda gündeme gelecek olan sorun, azınlık haklarının hangi düzeyde korunacağı; kolektif düzeyde mi, yoksa daha çok bireysel haklar çerçevesi içinde mi korunacağı sorunu ortaya çıkacak. Böyle bir kısa bilgi içerisinde buna yanıt getirme durumunda değilim kuşkusuz; fakat bunun yoğun bir şekilde ortaya çıkacağını tahmin ediyorum, hatta bu açıdan Avrupa'nın da çok hazırlıklı olduğunu söylemek mümkün değil. Avrupa'da da azınlık haklarının korunması konusunda yapılan yasal düzenlemeler, çoğu zaman ikircikli, mütereddit, bir ülkeden diğerine ayrılıklar arz eden ve geçici yasal düzenlemelerden ibaret gibi gözüküyor. Türkiye'ye bakarsak söylenecek çok konu var; ama azınlık hakları kavramı, biraz Osmanlı mirası üzerine kurulmuş gibi gözüküyor ve sürekli olarak Lozan Antlaşmasına referansta bulunuluyor. Osmanlının millet sistemine dayanan sistemi o zamana çok yenilikçi, çok devrimci sayılabilirdi. Türkiye'nin de uluslararası ilişkilerinde cumhuriyetin ve çağdaş Türkiye'nin kuruluş senedi sayılabilecek bir anlaşmaya atıf yapması çok meşru; fakat 2001 Türkiye'sinde daha çok böyle din ögesini ortaya çıkaran ekalliyet anlayışıyla azınlık sorununa yaklaşmak bana biraz güç gibi görünüyor. Hatta böyle bir yaklaşımın çok bağlı olduğumuz laiklik ilkesine de ters düşüp düşmediği konusu da tartışma götürür gibi.

Söyleyeceğim başka hususlar da vardı; fakat tartışmaya da yer verme açısından bildirimde burada son vermeyi daha uygun buluyorum. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

### **Oturum Başkanı**

---

Çok teşekkür ederiz Sayın Vaner.

Ben Sayın Mümtaz Soysal'ın konuştuğu, değindiği evrensel değerler üzerinde durmayacağım. Bir-iki tümceyle konuyu toparlamak istiyorum, bir-iki konu var ki üzerinde durulmadı; onu da gündeme getirmek istiyorum "eğer" diyorum küreselleşme siyasaları bugün olduğu gibi sürerse birçok ülke demokrasi ile değil, plütokrasi; yani zenginlerin gücüyle yönetilme

durumuyla karşı karşıyadır. Bu hem gelişmekte olan ülkeler, hem de gelişmiş olan ülkeler için doğru bir gözlemdir diye düşünüyorum.

Olumsuzluklara gelince küresel ekonomi, holdingler, çokuluslu şirketler aracılığıyla kontrol edilemez gücünü göstermektedir. Bir başka konu, küresel ekonominin uygulanmış biçimi ülkelerarasında büyük eşitsizliğe yol açmıştır. Aynı zamanda gelir dağılımı ve servet dağılımı konusunda gelişmiş ülkeler içinde de büyük eşitsizliği ortaya çıkardığı bir gerçektir “bu durum ister fakir, ister çok zengin iki güvensiz ve tehlikeli bir durumdur, bu durum çifte standartlı, bölünmüş bir dünya demektir” diyorum. Çok önemli, pek üzerinde durmadığımız bir konu da bu olumsuz durumun, bu olumsuz ekonomik politikaların Amerika Birleşik Devletleri dahil politik arenada sağcı siyasaların güçlenmesini, sağcı hükümetlerin oluşmasını ortaya getirmiştir. Bu güçler devlete, güçlü hükümete karşıdır ve özel çıkarların kamu çıkarlarından daha önemli olduğu savındadırlar. Sonuç, hükümetlerin hem içte ve hem de dışta olayları kontrol etme güçlerinin azaldığı gerçeğidir; bu bir ölçüde Amerika Birleşik Devletleri için de geçerli bir gözlemdir sanıyorum.

Değinilmeyen bir konu vardı; aşırı kâr güden siyasalar, küreselleşmeci siyasalar özellikle gelişmekte olan ülkelerin çevresine inanılmaz derece zarar vermektedirler. Bu kâr gütmeye amacı doğrultusunda uygulanan siyasaların çevreye büyük zarar verdiği konusu da bir gerçektir.

Bir başka konuya başlangıçta biraz değinmiştim. Bu küreselleşme, bugünkü uygulama biçimiyle küreselleşmeyi destekleme hep demokrasi sözcükleri kullanılarak yapılıyor “serbest özgür ticaret, serbest özgür piyasa, bürokrasiden kurtulma, özgürleşme gibi terimler özel sektörün gücünü daha da artırmak, kamu gücünü daha da küçültmek için kullanılmaktadır. Ulusal hükümetler bu durumu kontrol etmekte güçsüzleşmiştir” diyorum.

Bir konuya değinmedik; vaktimiz olanak verseydi de değinsek önemli olurdu. Biz burada şikâyetlerimizi, bilimsel açıdan değerlendirmemizi gündeme getirdik. Umarız bu konuları kamuya da bir ölçüde aktarabileceğiz; ama sanıyorum bu konuda çok önemli bir durum var. Bu da örgütlenme konusu “nasıl ki bir Dünya Bankası, IMF veyahut da Dünya Tica-

ret Örgütü aracılığıyla küreselleşme savında olan siyasalar kendilerini ortaya koyma olanağını buluyor, bunun karşısında da sanıyorum çevrecilerin, tüketicilerin, işçinin, tarım kesiminde çalışanların, kadınların ve başka birçok kesimlerin daha etkin örgütlenmeye ve seslerini duyurmaya gereksimi vardır” diyorum.

Özetle bunları söyledikten sonra salonu tartışma olanağına açmak istiyorum. Burada Sayın Jean Duffar’a İzmir Barosundan Avukat Sabri Kurt’un bir sorusu var. Diyor ki;

*“Sayın Duffar politik, ekonomik egemenliğini ortadan kaldırabilir; fakat devletlerin hukuksal egemenliğini kaldırmış değildir dediler. Hukuk bir üstyapı kurumudur. Ekonomik egemenliği olmayan bir devlet yasalarını yapmada özgür olabilir mi? Ekonomik egemenliğini kaybeden bir devlet hukuksal egemenliğini kaybetmez mi?”*

*Avukat Sabri Kurt  
İzmir Barosu*

Sayın Duffar bu konuda sizden yanıt bekleniyor.

## **Prof. Dr. Jean Duffar**

### *Fransızca Cevap*

*La distinction est faite entre la souveraineté juridique et la souveraineté économique et politique. Oui, ce qui est la question posée par notre débat est de savoir si la globalisation réagit à la fois sur la souveraineté politique et sur la souveraineté économique. On a l'impression qu'en apparence la souveraineté politique est préservée, mais les groupes de pression quelque'ils soient font en sorte que les lois sont adoptées pour entrer dans le cadre de la mondialisation. Voilà, et les exemples qui ont été donnés sont l'adoption des lois pour créer par exemple des zones franches, ou pour créer des régimes favorables pour les investissements internationaux, ce sont des régimes qui sont bien adoptés par des lois votées par le parlement, mais dans leur contenus ce sont des lois à fonctions économiques.*

*Est-ce que j'ai répondu, je ne sais pas*

## Prof. Dr. Jean Duffar

### Türkçe Açıklaması

Hukuki egemenlik ile politik egemenlik ve ekonomik egemenlik arasında fark vardır. Evet tartışmamızda da ortaya koyduğumuz ve görmeye çalıştığımız problem globalleşmenin politik ve aynı zamanda iktisadi egemenliğin üzerinde etkisi olup olmadığıdır. Görünüşte siyasi egemenliğin korunduğunu sanıyoruz fakat bazı baskı grupları kanunların evrensel bir çerçeveye de olmaları amacıyla düzenlenmelerini amaçlamaktadırlar. Buna bir kaç örnek verebiliriz, mesela serbest bölgelerin yaratılması için veya uluslararası yatırımlara rejimler yaratılması için kanunlar kabul edilmiştir. Bu rejimler parlamento tarafından oylanan kanunlardır fakat içerik olarak bu kanunlar aslında iktisadi işlemlere sahiptir.

Cevap verebildim mi bilemiyorum.

## Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu

### Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mümtaz hocanın tahrik edici konuşması karşısında bir-iki belirleme yapmak istiyorum. Tabii çok tahrik ediciydi dili "titre ve kendine dön" deyimini telaffuz noktasına geldiği için; ama onu o anlamda kullanmadığını biliyorum. Şu anlamda yorumluyorum: 1961 Anayasasını hazırlayan Kurucu Meclis Üyesi olarak Sayın hocamız ve Anayasanın hazırlayıcıları titreyip kendimize dönmemizi sağlamışlardı. O anlamda kullandığını düşünüyorum ve cumhuriyeti 1961 Anayasasıyla radikal bir dönüşüm sırayına ulaştırmak istediler, o iradelerini ortaya koydular; ama kendi deyimleriyle bizde Anayasayı kurşuna dizme geleneği olduğu için yaptıkları, cumhuriyeti radikal bir dönüşüme tabi tutma iradeleri büyük ölçüde ortadan kalktı ve geri tepki.

61 Anayasasından tam 40 yıl sonra acaba 61 Anayasası yıkılmasaydı, 19 yıldır 82 Anayasası gibi hepimizin karşı çıktığı bir anayasa uygulanmamış olsa idi, o gelmeseydi ve ayrıca biraz önce değindiğiniz gibi İstanbul'da tar-



tıttığımız, 6 ay önce Lozan Antlaşmasının getirdikleri de rafa kaldırılma-  
saydı KOB diye kısalttığımız Katılım Ortaklığı Belgesi bu şekilde bizim  
önümüze konabilir miydi? Birincisi bu. Bu sorunun altında Semih Van-  
ner'in söylediği o çok kültürlülük, siyasal alanla kültürel alan ayrımı da  
var. Biz 61 Anayasasıyla onu yapabilmış olsaydık; siz onu yaptınız.

İkincisi bölgeciliği belki biraz siyasal yönüyle vurgu yaptınız. Dün de tar-  
tıldı "bu rejimi, yerleşme bağlamında bu cahil halkın katılımına mı  
açacağız?" dedik. Biz mesela Van'a üniversite profesörü gönderiyoruz.  
Hakkari'de açabilesek oraya da göndereceğiz; ama gönderdiğimiz profesöre  
"sen üniversitede kalacaksın. Sadece ders vereceksin, belediyeye katılma-  
yacaksın, şunu yapmayacaksın, bunu yapmayacaksın, derneğe bile gide-  
ceksen izin alacaksın" diyoruz. Biz böyle düşündüğümüz için zannediyorum  
yönetimin mutlak olarak Ankara'nın tekelinde kalmasını arzu ediyorum.  
Sizin o savunduğunuz kamu hizmetinin etkililiğini, bana öyle geliyor  
ki Ankara'dan uzaklaştırdığımız ölçüde; ama tabii ki kaliteli elemanlarla,  
gönderdiğimiz elemanları iyici sınırlayarak değil. Konuya iki açıdan zan-  
nediyorum hem soru, hem yorum ikisi de birlikte.

Teşekkür ederim.

## **Prof. Dr. Mümtaz Soysal**

Anayasa Hukuku Profesörü

Teşekkür ederim.

Ben çok kısaca bu ilginç sorulara yanıt vermek istiyorum.

Elbette 61 Anayasası dediğiniz gibi yıkılmasaydı ve gereği gibi uygulan-  
saydı, sanılanın aksine Türkiye çok daha güçlü bir Türkiye olacaktı ya da  
Nihat Erim'in lüks bulup da "bu devleti zayıflattı" deyişinin aksine asıl  
devletin güçlenmesi Osmanlı anlayışında bile adaletin tam yerine gelme-  
si. O bakımdan, hukuk devletini sonradan kırpıldığı gibi değil de 61 Ana-  
yasasında öngörüldüğü gibi gerçekleşmesi gerekirdi. Üniversite özerkliğinin  
orada öngörüldüğü gibi gerçekleşmesi gerekirdi. İki aydın, uyanık dü-

şünce bilimsel düşünceyle birlikte gelişsin, basın özgürlü vesaire bütün bunlar, özgürlükçü yaklaşımlar, demin söylediğim gibi cumhuriyetin vatandaşları insan kılıcı yaklaşımlarıydı. 61 Anayasası, olabildiğince bunları içererek devleti güçlendirmeyi düşünmüştü. Oysa 82 Anayasasının yaklaşımı bunları dışlayarak devleti güçlendirmek oluyordu; ama o devlet, bugün her şeye boyun eğen bir devlet haline geldi. Cottarelli geliyor, Du-yunu Umumiye reisi gibi yönetiyor, Avrupa geliyor “şunu yap, bunu yap” diyordu.

Bu Katılım Ortaklığı Belgesi, belki bazı hususları güçlü bir Türkiye önünde sırf Avrupa aşkından yararlanarak Türklerin Ege’yi, Kıbrıs’ı falan çö-zme sevdasına kapılmayabilirdi ve dediğim gibi ekonomik, sosyal politikaları daha doğru dürtüst, sağlam ekonomisi olan, daha eşitlikçi, sosyal düzen kurmuş olan bir sosyal devlete herhalde böyle dikte etmeye kalkışmazdı. Onun cevabı zannediyorum, en azından benim zihnimde açık.

Öbürüne gelince, 82 Anayasasıyla yapılan -hep böyle Anayasa sanki kendi kendine yapıyormuş gibi konuşuyoruz- büyük hatalardan birisi, Anayasanın içine bile yasak dil falan gibi kavramları koymak; yani Türkiye’de bölgeselliği ya da Kürtleşme ya da Kürtçülük hareketini daha öncekinden çok çok daha güçlü hale getiren bu çeşit yasaklar oldu. Hastanelerde şurada burada ortaya çıkan uygulamalar oldu. İster istemez insanlar bunlara tepki gösteriyor. Oysa özgürlükçü bir yaklaşımla bugün bile Avrupa’nın bu konudaki istemlerine çok tutarlı bir biçimde yanıt vermek mümkündür. Azınlık hakkı yaratarak ya da azınlık özerklikleri yaratarak çözüm tek çözüm değildir. Fransa’nın çözümü ya da orada belki yarım yamalak yapılmış olan; ama çok daha iyi gerçekleştirebileceğimiz bir çözüm, insanları bu konularda tamamen bireysel özgürlükle donatmak, o bireysel özgürlüğe kimsenin karışmamasını “istediğin kadar Kürtçe yayın yap, basın yayınla da yap; ama ben ulus devletim. Benim de resmi dilim şudur, ben de bunu yapıyorum” demek ve o bireysel özgürlükleri geliştirmek, korumak, güvence altına almak da eğer kimlik önemliyse bir çözümdür. Ama şimdiki yaklaşımların -ona daha girmedik, onu daha önce Kopenhag Kriterlerinde tartışmıştık- Avrupa için hence pek de olumlu olmayan ve demokrasi sayılamayacak ya da çağdaş demokrasi sayılmaması gereken bir yaklaşımı, bu “kimlik” denilen kavramı muazzam vurgulaması; yani

kimlik bugün ilerencilik olarak düşünülüyor. Ama 80 tane kimlik var hangi kimlik? Kimliğin tanımı nedir? Kimlikler hep aynı mıdır? Toplantılarda birkaç kere söylediği için söylüyorum. Benim kimliğim 10 yıl önceki kimliğim mi? Belgelerdeki resmimiz bile değişiyor. Fizik olarak değişiyoruz, özelemler olarak, düşünce tarzı olarak değişiyoruz. Bireyin kimliği dahi olduğu gibi kalmıyor ki bir de bireyler topluluğunun kimliğinden söz edelim ve bunu bir etiket olarak hepsinin altına yapıştıralım

“Hayır, ben Kürt kökenli olsam” diyelim. Belki ben Kürtçe falan evde muazzam hoşlanıyorumdur da dışarıda işime yaramıyordur ya da beni birçok şeyden alıkoyuyordur “bunu geliştirmeyi, başka türlü, edebiyatıyla geliştirmek isterim de üniversite öğretim aracı olsun falan istemem, hatta İngilizce isterim” diyenlerimiz var. Bu çeşit hususlar bir özgürlük meselesi haline bırakılabilir; ama kamusal politikalar, o açıdan bakınca da -madem dil açıldı ben daha gideyim- Türkiye’de özel de olsa İngilizce falan eğitim yapılamaz; resmi diliyle yapılır, o dil geliştirilir, o dil bilim dili haline getirilir. Böyle yarım yamalak tarzancayla falan bilim olmaz. Onun için o konu bir kişisel özgürlük konusudur. Öbür kamusal işlevler başka, kişisel özgürlükler başkadır. Bu cevap bugün Avrupa’ya da verilebilse, o yasaklarımız olmasa, o yasaklar dolayısıyla bu tehlikeler yaratılmamış olsa, en ilerici düşünmemiz bile, o konuda bireysel özgürlük açısından bakanlarımız bile o hatalar yüzünden “tam şu sırada olmaz, belki sonra olur” falan demek zorunluluğunu hissediyoruz.

Son hususa geleyim. Ben merkeziliği ya da mutlak merkeziliği falan savunmadım; tıpkı küreselleşmeye karşı çıkmadığım gibi. Küreselleşme bir olgu olarak çeşitli yönleriyle var. O olgu karşısındaki davranış ne olmalıdır? Onu sorguluyorum ve Türkiye için o davranış ne olmalıdır, onu reddetmeden nereye dönüştürmek mümkündür? Yönetim konusunda da öyle; tabii ki katılım önemlidir. En güzel katılım ulusal çerçevede katılımdır. Yerel katılım vesaire, yerel yönetimler önemlidir; ama bunları başka amaçlar için kullananların sözlerine ve girişimlerine dikkat etmek gerekir “biz kendi amaçlarımız için bu doğruları gerçekleştirmekte daha titiz olalım” diyorum; söylediğim o. Katılama falan karşı çıkmak başka. Bu katılım -Türkçe’de çok güzel bir tabir var; pek hoş değil belki- yönetimi piçleştirmek için yapılan bir katılımsa -ev hanımları kullanıyor “yemeği piç

ettik" derler- öyle bir katılımsa, suyu fazla koyuyorsanız o zaman rant yönetimine falan dönüşüyor. Türkiye'de bugün yerel yönetim geliştirdi de demokrasi mi geliştirdi? Hayır yerel yönetim geliştirdi, çevre bozuldu, rant kavgası ortaya çıktı. Bu başka türlü yapılabilirdi; onu söylemek istedim.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

Buyurun Sayın Soyaslan.

## Doğan Soyaslan

---

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sempozyumun başından beri 82 Anayasası üzerine fazla gidildiği kanaatindeyim. Şunun için: Çorum olaylarını unuttuk mu, Kahramanmaraş olaylarını unuttuk mu, biz öğretim üyeleri politize olmadık mı? Türkiye'yi 82'ye getirdik. Ben buna kızmıyorum; şunun için: Fransızlar 200 senede 5 defa cumhuriyeti anayasası yaptılar. Seviniyorum; bir gelişmenin simgesi.

Küreselleşme konusunda şöyle düşünüyorum: Bu dünyada mıyız? Bu batısıyla, doğusuyla hep beraber yaşamak zorunda mıyız? Ya en iyi malı, hizmeti biz üretiriz -ki bizim koyduğumuz o hizmet ve mal bir kural üretir, bir hukuk sistemi getirir, biz empoze ederiz- yahut da bunu almak durumundayız. Türkiye üretmiyor; almak durumunda, başka çaresi de yok. Burada, bu topraklara teknoloji giriyor mu, girmiyor mu? Ben ona bakarım. Hangi sermaye gelirse gelsin hayatımızı değiştiren odur. Bundan uzak kalmak bizi yakar, yıkar; Osmanlı'nın da başına bu gelmiştir.

Teşekkür ediyorum.

Efendim, sanıyorum kürsüden yanıt vermek isteyen var.

## Prof. Dr. Türkel Minibaş

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi

82 Anayasasına çok yüklenildiğini söylemekte haklı olabilirsiniz tabii ki; ama her anayasanın üzerine oturduğu ekonomik bir çıkar düzeni vardır ve anayasaların da nerenin anayasası olduğu, kimin haklarını, hangi kesimler adına olduğunu çok açık ifade ederler; bu da açık ve seçiktir. Başka bir gerçeği de biliyoruz ki eğer Türkiye “24 Ocak” denilen kararlar demetiyle -ki bu bir modeldir- sisteme entegre olurken -çünkü daha öncekiler çarpıktır- burada sisteme entegre olurken bunun bir hukuksal düzeninin olması gerekiyordu. Bu hukuk düzeni, Mümtaz hocanın daha önce söylediği bu ülkede bir bağımsızlık savaşı vererek, yine kapitalist sistem içinde kalmak kaydıyla; ama “ben de varım” diyen bir toplumun buradan artık çekilme hareketidir. Burada 82 Anayasasının eleştirilmesinin nedeni de zaten budur ve bu sadece bireysel hak ve özgürlüklerini kısıtlanması değildir, bu tamamen sizin ulusal değerlerinizin ekonomik olsun, sosyal olsun, kültürel olsun bunlardan vazgeçmenizdir. Bu nokta sizin önemli olan, tabii ki bir ülkeye sermayenin girmesidir, teknolojinin girmesidir; ama önemli olan bu teknolojiyi kimin ne adına kullanacağıdır. Siz ülkenize teknolojiyi, ben size isim vereyim, kullandığınız cep telefonun markası, New York borsasından “her 1 kilometrede bir kentlerinizde damlarına baz kurulacak” diye kota edildiği için imzasını atmıştır. Sermaye girmiştir. Buyurun efendim, sayın hocam siz o sermayeyle çocuklarınızla güzel bir şekilde bir dünyayı özlemlerken nasıl yaşayacağınıza dair kararı kimin vereceği gibi çok ciddi bir sorunla karşı karşıyasınız.

Bu noktada Sayın Kaboğlu'nun da söylediği bir endişeyi, en azından kendi açımdan açmak istiyorum. 61 Anayasası yıkılmasaydı diye bir husus

söz konusu değildir. 61 Anayasası, sadece Türkiye kötü yöneticileri olduğu veya öğretim üyeleri politize oldu diye yıkılmamıştır. 61 Anayasası, bu sürecin oluşabilmesi için kendisi, giderek kurumları kendi içinde eritilmiştir zaten. Doğrusunu isterseniz şu sözleriniz bile çok politize olduğunuzu göstermektedir. Politize olmayan bir insan düşünemiyorum. Politize olmayan bir öğretim üyesi bilimi üretmez, sorgulayamaz, düşünemez; çünkü politiklik önce ne, niye, kimin için ve nasıl sorularına cevap vermektir. Kapitalist sistemin çok temel bir doğrusu vardır -ki burada haklısınız- o zaman burada hiç kimsenin politik olmaması gerekir. Sistem 3 soruya cevap verir; ne, nasıl, ne kadar olacaktır. Kimin olduğuna ise piyasa ekonomisi karar verir ve bu noktada da politizelik tabii ki sistem açısından bir karşı harekettir ve bu da hem kişinin, hem o ülkenin “ulusal devletten” demiyorum; ama kendi ulusunun egemenlik haklarından, karar mekanizmalarından çekilmesinin ifadesi olur. Bu konuda bence çok temkinli ve akılcı davranmamız gerektiğini düşünüyorum. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Efendim bir söz isteyen var; sanıyorum Van Barosundan.

## Av. İsmet Güneş

---

Van Barosu

Ben sözü şundan ötürü aldım: Öncelikle Sayın Minibaş'ın biz izleyicilere bir sorusu oldu. Bir-iki değerlendirmeye birlikte bunu yanıtlamak istiyorum.

Sayın Minibaş, küreselleşmenin ulusal egemenlik kavramını tartışılır hale getirdiğini, giderek ve devamlı ülkelerin ekonomilerini bir bakıma tehdit ettiğini belirtti. Küreselleşme, aslında tek başına çokuluslu sermayenin kârını maksimize etmesi olgusu değildir. Küreselleşme çokuluslu ser-

mayenin, demokrasinin kanımca bütün dünyaya yaygınlaşmasıdır. Gereğini açıklamak istiyorum; Avrupa demokrasisinin temeli Avrupa burjuvazisidir. Avrupa burjuvazisini işçi sınıfını yaratmıştır, o da sendikalarını yaratmıştır ve bunlar birbirlerini denetleyen ve dengeleyen güçlere dönüşmüşlerdir. Çokuluslu sermaye de uygar hukukla birlikte çokuluslu sermayenin zararlı etkilerini uygar hukuk, çağcı hukuk dengeleyecektir. Bu dengeleme mekanizmasıyla birlikte çokuluslu sermaye dünyaya geri kalmış, kapalı ülkelere demokrasi getirecektir; bu da kaçınılmaz bir süreçtir. Bu sürece karşı koymanın mümkün olmadığını düşünüyorum. Kuşkusuz ki statükoyu kaybetmenin yaratacağı bir heyecan, bir üzüntü olacaktır. Bunu da anlayışla karşılamak mümkündür; çünkü statükoyu kaybetmek istenmeyebilecektir.

Başka bir saptama yapmak istiyorum. Sayın Milacic sanırım kendi ülkelerinden yola çıkarak, kendi ülkelerinde yaşadıkları bir sorundan ötürü çok ümitsizliğe kapılmışlar. Şöyle ki: Başka ülkelere aldıkları anayasalarını Sovyet bloğundan kopan ülkesi ve diğer ülkelerde uygulanmadığını belirttiler, bunun nedeninin de ülkelerinde kapitalizmin yerleşmemiş olmasına bağladılar. Bu görüş; kapitalizmin, ekonomik gelişmenin demokrasiyle ilintisi, yer yer demokrasi tarihinde savunulmuştur. Ancak bu görüş hiçbir zaman fazla bir kabul ve çoğunluk görmemiştir. Artık günümüzde demokrasi insan hak ve özgürlükleri, ekonomik gelişmelerle at başı ve koşut olarak ilerlemek durumundadır.

Son olarak, Sayın Minibaş'ın yadırgayarak sorduğu bir soruya yanıt vermek istiyorum. Sayın Minibaş, Uluslararası Para Fonunun, Türkiye'de hükümetin tarımı sübvanses etmesini istemesinin IMF ile ne gibi bir ilintisi olabileceği anlamında veya bu meyanda sözcüklerle bir soru sordu. Ben de şöyle yanıtlamak istiyorum: Kuşkusuz ilintisi vardır; dünya bir köydür ve Türkiye aslında globalleşme sürecine İzmir İktisat Kongresiyle girmiştir. Ulusal sermayeyi, daha sonra ulusal sermayenin çokuluslu sermayeyle evliliğini, birleşmesini öngörmüştür; biz bunu gözden kaçırıyoruz. Sübvanses edilen bir tarım; talebi olmayan, ekonomik açıdan sordunuz makro ekonominin temel yasası olan Arz ve Talep Kanununa aykırıdır. Sübvanses edilen bir ürün talebi olmadığı halde arzı fazla olan bir ürününün fiyatının yüksek tutulmasını sağlar. Bu da, bu üründen yarar-

lanan tüketicilerin dünya piyasalarında daha ucuza alabilecekleri bir ürünü daha pahalıya, daha yüksek fiyatlarla almalarını, dolayısıyla belki de giderek yaşam haklarını dolaylı olarak ilgilendiren, beslenmelerini tehdit eden bir unsura dönüşür; ilişkisinin bu olduğunu, bir izleyici olarak yanıtlamak istedim.

Söz verdiğiniz için teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

Söz almak isteyen başka kişi var mı? Kendinizi tanıtır mısınız lütfen?

## Prof. Dr. Anıl Çeçen

---

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sayın konuşmacılara teşekkür etmek istiyorum. Bugünkü başlık “küreselleşme” ama küreselleşmeyle beraber ortaya çıkan bir başka boyutu bugün pek fazla ele alınmadı. Sanırım küreselleşmeyi onunla beraber almak lazım; o da bölgeselleşme sürecidir. Bölgeselleşme sürecini atlayarak küreselleşmeyi değerlendirirsek, Türkiye’nin ulusal çıkarları açısından çok yanlış sonuçlara varırız.

Sayın Minibaş çok güzel bir özetleme yaptı; ama ben değerlendirmelerine katılmıyorum. Sanki bu iş olmuş bitmiş, biz bu işe teslim olacağımız gibi bir hava yaratıldı. Tabii ki küreselleşme bir olgudur, kabul edeceğiz; ama nasıl Avrupa bir çıkış arıyorsa, nasıl dünyanın diğer ülkeleri bir çıkış arıyorsa Türkiye de mutlaka bir çıkış arayacaktır. Ben “küreselleşmeye oldu bitti ve kesinlik kazandı” dersek çok büyük bir yanılgıya düşeriz diye düşünüyorum. Özellikle Avrupa Birliği’nin ayrı bir ordu kurma girişimi, küreselleşme kadar bölgeselleşmenin de önem taşıdığını göstermektedir; bunu da burada vurgulamak isterim. Sayın Minibaş’ın bu konuda açıklamaları varsa onu dinlemek isterim, saygılarımla.



Teşekkür ederim Sayın Çeçen. Siz lütfen kendinizi tanıttın.

## Prof. Dr. Ali Ulusoy

---

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

Her şeyden önce Türkiye Barolar Birliği'ne ve sayın konuşmacılara teşekkür etmek istiyorum. Yalnız Türkiye Barolar Birliği'nin küreselleşme karşısı bir düşüncede olup olmadığını bilmiyorum.

Bir otelde bilimsel bir toplantı düzenleniyor ve küreselleşme ve evrensel değerler, ulusal egemenlik tartışılıyor. Fakat konuşmacıların neredeyse hepsi -belki son konuşmacı biraz istisna tutulabilir- küreselleşme karşısı; bu bana biraz garip gibi geliyor. Böyle bilimsel toplantıda alternatif düşüncede olanlara da yer verilmesi, herhalde daha objektif olurdu gibi geliyor.

Bir de Sayın Minibaş'ın söylediklerinden bir konuyu, haddim olmayarak düzeltmek istiyorum. Eğer yanlış anlamadıysam bir hukuk düzeninde tahkimin; yani bazı uyuşmazlıkların hâkem tarafından çözümlenmesinin ulusal egemenliğe karşısı aykırı olduğunu söyledi. Bu kesinlikle doğru değil; çünkü bildiğimiz gibi çok uzun yıllardır Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda veya MHUK'ta tahkime ilişkin hükümler var ve bunlar uygulanıyor. Dünyanın hiçbir ülkesinde de, özellikle özel hukuk uyuşmazlıklarının tahkim yoluyla çözümlenmesi ulusal egemenliğe aykırı bulunmamıştır ve uygulanmaktadır. Tabii, kendisi hukukçu olmadığı için böyle bir hata hoş görülebilir. Ben de iktisadi alanda bir sav ileri sürsem muhtemelen o da bir hata olabilirdi.

Bir de sorum var. Kendisi benim anladığım kadarıyla çok uluslu sermayenin değişik ülkelerde yatırım yapmasına çok sıcak bakmıyor. Sorum şu: Türk müteşebbislerin, özellikle Orta Asya ülkelerinde, Kafkas ülkelerinde

---

ve Balkan ülkelerinde önemli miktarda yatırımları var. Bunun 10 milyar doların üzerinde olduğu söyleniyor. Acaba Sayın Minibaş Türk müteşebbislerin buradaki yatırımlarına da karşı mı? Bunu da öğrenmek istiyorum.

Bir de konuşmasının sonunda, benim de çok beğendiğim şiirsel bir alıntı yaptı; bence çok da güzeldi. Orada evrensel değerleri referans gösterdi, evrensel değerlerden bahsediliyordu. Acaba küreselleşme karşıtı olmakla konuşmasının sonunda yaptığı alıntı biraz çelişmiyor mu? Bunu da öğrenmek istiyorum.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederiz.

## Refik Tiryaki

---

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi

Bir hususu öğrenmek istiyorum. Son zamanlarda, son birkaç yıl içerisinde İspanya'da, İtalya'da ve Portekiz'de olan, Fransa'da da denemesi olan bir bölgesel devlet kavramı geliyor. Türkiye'de küreselleşme karşıtı olan akademisyenlerin, siyasetçilerin ve entelektüellerin aynı zamanda yerel yönetimlerin güçlendirilmesi yönünde de birtakım direnişleri olduğu malum, biliniyor. Bu anlamda acaba bölgesel devletin Türkiye'ye gelmesi ya da Türkiye için tartışılması ulusal egemenlikle çok ciddi bir sorun yaratır mı? Bunu şu anlamda da öğrenmek istiyorum: Geçen gün Fransız bir akademisyen, bilim adamı burada bir tebliğ sundu. Ben tebliğden sonra kendilerine şu soruyu sordum: Korsika bölgesi için, İspanya, İtalya ve Portekiz örneklerine nazaran çok daha az gelişmiş bir bölgesel devlet örneği uygulamak istedi ve sosyalist Başbakan Jospin bölgesel devletin oluşması yönünde açık tavır belirledi; ancak benim bildiğim kadarıyla halk, onu çok düşük bir katılım oranının büyük bir kısmıyla reddetti. Sayın Fransız bilim adamı da burada. Bir yanlış varsa düzeltirlerse sevinirim. Bu anlam-

da Mümtaz Soysal Hocama da Sayın Semih Vaner galiba bölgesel devletin Türkiye açısından tartışılabiliyor tartışılamayacağını, eğer tartışılabilecekse bunun ulusal egemenlik açısından ne ifade ettiğini sormak istiyorum.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

---

İki durum var; bir Sayın Minibaş'a yöneltilen sorular, bir de sizin söylediğiniz bölgesel devlet konusunda Sayın Slobodan da yanıt vermek istiyor. evvela Sayın Milacic'e verelim.

## Prof. Dr. Slobodan Milacic

---

### Fransızca Soru

*C'était pas une question. C'était une contre-observation. Mon idée est simple. Elle consistait  dire que le constitutionnalisme peut être piégé par un programme ambitieux juridique par rapport  la réalité du terreur. J'ai deux exemples: La Pologne et la Hongrie sont vécu la transition sur la base des vieilles Constitutions marxistes socialistes qui ont été bien réformées, bricoles, touchées en attendant la vote pour des nouvelles Constitutions démocratiques, cohérentes et compactes. La Roumanie et la Bulgarie ont tout de suite voté des nouvelles Constitutions cohérentes et compactes, très sophistiquées sur le plan juridique. C'est là où ça a nettement bien marché globalement. C'est tout.*

## Prof. Dr. Slobodan Milacic

---

### Türkçe Açıklaması

Bu bir soru değil. Bu bir karşı gözlem. Benim düşüncem basit. Anayasacılığın terörün geleceğine göre, hukuki bir problem tarafından tuzaağa düşürülebileceğini söylemek istiyorum. Bu konuda iki örnek verebilirim. Po-

lonya ve Macaristan, bu iki örnek de görüyoruz ki eski sosyalist, marksist Anayasalar da reform yapılmış, tekrar uygulanmış, yeni tutarlı Anayasaların onaylanmasını beklemektedir. Romanya ve Bulgaristan gibi ülkeler, tutarlı, hukuki alanda düzeyli ve detaylı Anayasaları onaylamışlardır ve genelde bu Anayasalar çok iyi uygulanmıştır. Hepsi bu kadar.

## Oturum Başkanı

---

Sayın Minibaş'a yanıt hakkını veriyorum.

## Prof. Dr. Türkel Minibaş

---

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi

Yanlış anlaşılmayacağımı düşünmüştüm; çünkü bantlarda da kaydı var. Ben önden bir saptama yaptım "İçinde yaşadığımız sistem kapitalizmdir. Kapitalizm şu anda bilebildiğimiz son aşamasını yaşamaktadır, adı küreselleşmedir" dedim; bu kadar basit. Dolayısıyla oldu bitti, teslim olduk falan; hiçbir şekilde teslimiyetçi bir bakış açısında olmadığının da altını çizdim.

Burada küreselleşmeye karşı olmanız diye bir konu söz konusu olmaz efendim. Burada konuşan konuşmacıların hiçbirinin de küreselleşmeye "hayır" veya "evet" diyecek durumu olamaz, kimsenin de olmaz; çünkü içinde yaşadığımız sistem bu. Böyle bir sistem içinde yaşarken "ben buna karşıyım, yandaşım" demeniz değil, bunun içinde kendinizin var olması ve kendi direnme noktalarınızın nasıl ve hangi araçlarla oluşturacağınız meselesi vardır. Bir diğer asıl teslimiyetçi bakış açısidir ve yaklaşımdır; yani bu böyledir. Asıl o zaman "siz karşısızın, biz yandaşız" böyle bir şey olmaz. Bu noktada Sayın Anıl Çeçen'inin eklememesi çok doğrudur, bizim eksik bıraktığımız bir husustur.

Mümtaz Hoca'nın değindiği; ama belki madde olarak üzerinde durmadığı bölgesel bloklama ile sistemin bir tarafından da küreselleşmesi meselesi vardır. Burada Sayın Çeçen'le ayrıştığımız nokta belki şudur: Ben ve birtakım bu konuda çalışanlar Avrupa Birliği, NAFTA, EFTA veya Karadeniz Birlikteliği (Balkan bloklaşması) dahil olmak üzere, böyle bölgesel bloklaşmalar yoluyla da küreselleşmenin gerçekleştiğini; çünkü kapitalist sistemin aynı zamanda farklılaşmalarla bütünleşmeyi sağladığını da söylüyoruz. Bizim ötemizde dünyada da bu konuda çokça çalışan ilim ve bilim insanı var.

Türkiye'den Asya Cumhuriyet'lerinde yatırım yapanlara gelelim. Çok haklısınız; dünyada şu anda, geldiğimiz bu süreç içinde hiçbirimizin yabancı sermayeye, şirketlere, şirketlere falan karşı çıkmamız diye bir husus söz konusu olamaz. Türkiye nedense, belki de az gelişmiş toplum olduğu için her şeye iyi veya kötü, güzel-çirkin, evet-hayır diye bakıyor; sistem içinde yaşarken böyle bir uzlaşma söz konusu değildir. Ama sizin bunu nasıl kullanacağınız sorusu önemlidir. Sizin Türki cumhuriyetlerde yatırım yapan şirketlerinizin hangi ağırlıklarda, hangi konumlarda yatırım yaptıkları önemlidir; ama şu sizin için önemli değilse diyecek hiçbir sözüm yok: "Varsın taşeron olarak yatırım yapsın, yapıyor ya; önemli olan o. Ama damgası da Coca Cola'nın olsun, General Motors'un olsun" böyle diyorsanız, Van Barosun'dan olan arkadaşım ile da sizinle böyle bir tartışmaya girmeye hiç niyetim yok.

Biliyorsunuz Dünya Bankasının bir alt örgütü olarak kurulan MIGA -ki Türkiye de bunun ortağıdır- garantisinde olan yatırımlar vardır. Bu yatırımlar, kalkınmakta olan bir ülkeye giden yatırımları -bir örnek olarak bunu söylüyorum- garantilemektedir. Neye karşı garantilemektedir? O ülkede devletlerin yapacağı kamulaştırmalara karşı, grevlere karşı, sanayi kesiminin yapabileceği engellemelere karşı, hükümetlerin kendi -tebliğimde madde madde hepsi var. Onun için burada söylemedim- ulusal öncelik hakkı tanımasına karşı, üçüncü bir ülkeyi mesela sizin Kıbrıs'ı korumanıza karşı o ülkenin yatırımlarını korumaktadır. Bu arada hemen söyleyeyim. Sizin Türki Cumhuriyetlere giden mesela MIGA garantisindeki yatırımlarımız Efes Pilsen'in şişeleme, birkaç şirketin de paketleme yatırımları. Türkiye'ye gelen yabancı sermaye yatırımlarının MIGA garantisinde

olanları da hemen söyleyeyim. Bunlar da ulaşım -ki şu anda çok ciddi bir şekilde bunun ihaleleri gerçekleşmektedir- enerji, balina operasyonları - orada biz için polisiye tarafıyla daha çok ilgileniyoruz- sigara çok önemli başka bir alan ve finans sektörüdür. Lütfen elinizi vicdanınıza koymayın. Onun için “rasyonel olalım” dedim. Rasyonellik duygusallıktan uzaktır. Son okuduğum dizeler de hiç duygusal değildi, şiirsel de değildi. Ionescu, 10-20 gün öncesine kadar yaşadığımız yüzyılın çok önemli bir düşün insanıydı. Gergedanlardan bahsederken sizin kendinizden vazgeçmenizden söz ediyordu. Onun için lütfen sayın katılımcılardan bunu şiirsel olarak ve duygusallıkla değerlendirmemelerini, bir bütün olayı olduğunu bir kez daha düşünmelerini rica ediyorum.

Sağolun.

## Oturum Başkanı

Vakit bir hayli geç oldu. Bu nedenle bu sabahki oturumu kapatıyorum ve katılımınız dolayısıyla herkese teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

## BİLDİRİ I

### "HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HUKUK DEVLETİ"



#### Oturum Başkanı

Av. Teoman Evren (TBB Önceki Başkanlarından)

#### Sunuş

Prof. Dr. Michael Sachs (Heinrich Heine Üniversitesi - Düsseldorf)

#### Tartışmacı

Yekta Güngör Özden (Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanlarından ve Türk Hukuk Kurumu Başkanı)

## Av. Teoman Evren

TBB Önceki Başkanlarından

Sayın dinleyiciler, Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği “Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı”nın öğleden sonraki oturumunu açıyorum. Bu oturumumuzun konusu “Hukukun Üstünlüğü ve Hukuk Devleti”

Konuşmacı, bildiri sunan Michael Sachs Heine Üniversitesinde, Düsseldorf'ta Profesör. 1951 yılında doğdu, doktorasını ve hukuk derecesini ve üst lisans çalışmalarını Köln Üniversitesinde yaptı. 1987'den beri Anayasa ve İdare Hukuku Profesörü olarak Augsburg Poston'da görev yapmıştır. Şimdilerde Düsseldorf Heinrich Heine Üniversitesinde Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır.

Toplantımızın konusu “hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti” hukukun üstünlüğü konusunda bu toplantıyı düzenleyen ve gerçekten uluslararası düzeyde son derece katılımlı ve başarılı bir toplantı gerçekleştiren Barolar Birliğine teşekkürlerimi sunarken, Türkiye'de hukukun üstünlüğü konusunda Türkiye Barolar Birliğinin son derece ciddi ve son derece gayretli uğraşlar içinde olduğunu hep bilmekteyiz. Özellikle Türkiye Barolar Birliğinin ilk başkanı Prof. Merhum Faruk Erem, bu konuda insan üstü çalışmalar yapmış bulunmaktadır. Yeni Delhi'de toplanan Hukukçular Konseyinin kabul ettiği ilkeler doğrultusunda hukukun üstünlüğü kriterleri saptanmış ve Prof. Faruk Erem bu konudaki mücadelelerini usanmadan, bıkmadan sürdürmüş, ilk önce hükümet programlarında hukukun üstünlüğü sorununun yer alması büyük bir mutlulukla karşılamış, daha sonra Anayasamızın başlangıcında ve Anayasamızın bazı maddelerinde hukukun üstünlüğü yer almış bulunmaktadır.

Hukukun üstünlüğü; sürekli bir gelişme içinde bugün özlemlerimizi, ümitlerimizi ve ideallerimizi karşılayan bir seviyede itici güç oluşturmuştur. Uluslararası yansımaları, yalnız demokratik ülkelerde değil demokrasiye yabancı ülkelere de çok önemli aşamalar kaydetmiş bulunmaktadır. Hukukun üstünlüğü yasaların üstünlüğünden sonra gelen ve yasaların üstünlüğünün yeterli olmadığına inanan bir bilinçlenmenin sonucu-



dur; çünkü biz hukukçular, yasaların üstünlüğünü hiçbir zaman yadırgamak durumunda değiliz, bunu elbette ki önemli bir aşama olarak görmekteyiz. Ancak uygulamada hukuka uygun davranmanın adaletli olmadığı, hukuk eliyle büyük adaletsizliklerin işlenebildiği, bir devletin yasalar devleti olduğu halde hukuka aykırı uygulamaların, zulümlerin devleti olabildiğini görmekteyiz. Bütün bunları engellemek için hukukun üstünlüğü aşamasına varan yeni bir oluşumun gerçekleştirilmesinin kaçınılmaz olduğu noktasına varmış bulunmaktayız.

Hukuka bağlı devlet, devletin meşruluğunun ölçüsüdür. Öncelikle hukukun üstünlüğüne inanmış devlet için, hukukun üstünlüğü ilkesini bir felsefe olarak benimsemiş yönetimlere gereksinme duyulmaktadır. Ben, yeni bir korsan bildiri sunmak istemediğim için konuyu çok kısa geçmek istiyorum. Bu arada hukukun üstünlüğünün çok geniş yansımaları bulunmaktadır. Bunların en önemlisi, Yasama Organının faaliyetleri içinde yasama faaliyetlerini gerçekleştirirken hukuka uygun davranmayı kendisine bir görev addetmesi olarak görülmektedir. Bu görev ne kadar iyi yerine getirilirse getirilsin yasama tasarruflarının mutlaka bir kazai denetim, yargısal denetime gereksinme duyması ve bu denetimin de hukuka uygunluk denetimi şeklinde kendini göstermesi kaçınılmaz olmaktadır. Sadece yasaların gerektiği gibi yapılması, denetlenmesi yetmemekte, hukukun laboratuvarları olan mahkemelerde hukukun etkinliğinin sağlanması, hukukun karşı sevginin edilgen bir ilgi olmaktan öte etkin bir yaratma işlemine dönüşmesi gerekli bulunmaktadır. Bütün bunların dışında, yürütme gücünün de kendi tasarruflarını kullanırken hukuka uygun davranmayı bir görev bilmesi ve son derece özenli davranmasına gereksinim bulunmaktadır.

Bütün bunların dışında, her türlü hukuka uygun davranışlar yerine getirildiği halde, idarenin kazai murakabesinin eksiksiz sağlanmasına gereksinim vardır. Hukuki düzenlemeyi ve kazai fonksiyonları gerektiği gibi icra etmiş olmamıza rağmen görünen odur ki verilen kararların duraksamadan uygulanması da, hukukun üstünlüğünün sağlanmasında önemli bir rol oynamaktadır.

Lafı daha fazla uzatmadan, bu çerçeveleri çizdikten sonra sözü, asıl tebliğ sunacak olan Sayın Prof. Michael Sachs'a bırakıyorum; buyurun efendim.

**Prof. Dr. Michael Sachs**

Heinrich Heine Üniversitesi - Düsseldorf

## HUKUKUN ÜSTÜNLÜĞÜ VE HUKUK DEVLETİ

### I. Anayasada Hukuk Devleti

Hukuk devleti, 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın, anayasal yapıya ilişkin temel ilkelerinden sayılır. Almanya'da hukuk devleti, aydınlanma hareketinin talebi olarak, 18. yüzyılın sonlarından itibaren yavaş yavaş gerçekleştirilmiştir.

İlk olarak şekli anlamda hukuk devleti söz konusuydu: Önceleri mutlak egemen (*legisbus solutus* – kanunlara bağlı olmaksızın) hüküm süreren, sona eren 19. yüzyılın şekli anlamdaki hukuk devletinde, kamu erki, hukuk kuralları çerçevesinde ve yargı denetiminde kullanılmalıydı.

Nazi devlet deneyiminden sonra, maddi anlamda hukuk devleti fikri doğmuştur: Buna göre, kamu erkinin, sadece kanunla tespit edilmiş kurallara bağlı kalmasıyla yetinilmez. Maddi anlamda hukuk devleti, hem temel haklar, kişi haklarının korunması, insanlık onuru hem de özgürlük ve eşitlik idelerinin gerçekleştirilmesiyle yükümlüdür.

Hukuk devletinin kesin bir tanımı yoktur. Burada söz konusu olan, "hukuk devleti" kelimesiyle bağlı, tarihi gelişimin sonucu artan sayıda münferit güvencelerle nitelenen bir devlettir. Hukuk devleti ilkesinin temel öğeleri şunlardır: Kuvvetler ayrılığı, temel haklara bağlı kalmayı da içeren yasamanın anayasaya uygunluğu, yürütme ve yargının kanun ve hukuka bağlı olması, ayrıca hukuki güvenlik, ölçülülük ilkesi, devletten kaynaklanan haksızlıkların giderilmesi ilkesi ve devlet erkinin teşkilat ve sisteminden talepler. Hukuk devletinin münferit ilkeleri, çeşitli şekillerde birbiriyle bağlantılıdır ve anlamlarının tek başına kavranması mümkün değildir.

### II. Anayasada Devlet Tasarruflarının Hukuka Uygunluğu

Hukuk devleti kavramının merkezinde, devlet tasarruflarının hukuka uygunluğu, Anglo-Amerikan "rule of law" (hukukun üstünlüğü) düşüncesine

yakın olan, devletin hukuka tâbiliği bulunmaktadır. Konuşmamda, hukuk devletinin bu temel ögesinin, Alman anayasal düzeninde nasıl anlaşıldığını açıklayacağım. Hukuk devleti ilkesinin diğer ögelerine de, kavranılması için gerekli olduğu ölçüde, konuşmamda yer vereceğim; bu çerçevede bağımsız bir değerlendirme ortaya çıkacaktır.

### 1. Anayasa md. 20 f. 3 Hükümleri

Konumuzla ilgili Anayasa hükmü, md. 20 f. 3'tür. Burada şöyle denmektedir: "Yasama anayasal düzene, yürütme ile yargı kanun ve hukuka bağlıdır." Bu formülasyon, Türk Anayasasının 8. ve 11. maddelerinde, bir yandan yürütme erki için, öte yandan yasamayı da içine alan tüm devlet erkleri için öngörülenlere benzemektedir. Burada, Türk Anayasası md. 9'da açıkça ifade edilmemiş olan, ancak yargı kavramından çıkan, bağımsız hakimlerin kanun ve hukuka tâbi olmasından bahsedilmektedir. Öğleden sonraki oturumun temel konusu, yargı olduğu için, burada, bu konunun ayrıntılarına girmeyeceğim.

Türk Anayasası metni ile karşılaştırıldığında, Alman Anayasası'nın formülasyonu, anlamayı güçleştirici bazı zayıf noktalar içermektedir.

Alman Anayasası md. 20 f. 3'te, yürütme erki "kanun ve hukuka" bağlı tutulmakla birlikte, (Türk Anayasası md. 8'den farklı olarak) anayasaya bağlı olmaktan bahsedilmemektedir. Buna karşın, sonuçta, anayasanın, tüm devlet erkleri için olduğu gibi özellikle yürütme fonksiyonu için de bağlayıcı olduğuna şüphe yoktur. Bu durum, temel haklara dayanılarak, Alman Anayasası md. 1 f. 3'te de açıkça ifade edilmiştir.

Öte yandan, md. 20 f. 3 hükmüne göre, yasama, sadece anayasal düzene bağlıdır. Buna karşın, sonuçta, burada da açıktır ki, normal olarak meclis tarafından çıkarılan şekli anlamdaki kanunların altında bir derecede bulunan ve yürütme organlarına devredilen, (kararname veya tüzük gibi) hukuki normların düzenlenmesi yetkisi, -yasama erkinin yürütülmesine rağmen- sadece anayasaya değil, şekli anlamdaki kanunlara da bağlıdır. Çünkü bunlar, Alman hukuk düzeninin normlar hiyerarşisi içinde, onlara göre daha üst bir dereceye sahiptir.

Buna karşın, meclisler yoluyla yasamanın, kendi çıkardığı kanunları, doğal olarak yeniden değiştirmesi mümkündür. Bununla birlikte, bu da, anayasaya bağlılık yanında, bir de hukuka bağlılığa tâbidir. Buradaki "hukuk" pozitif normların üstündeki hukuku ifade etmektedir. Pozitif normların üstünde böyle bir hukuk, Federal (Alman) Anayasa Mahkemesi tarafından, aşırı haksız uygulamalar için kanunların kötüye kullanıldığı Nazi dönemine tepki olarak tanınmıştır ve bundan dolayı, meclisin çıkardığı kanunların da, temel hakkaniyet kurallarına, tahammül edilemez derecede aykırı olamayacağını kabul eder. Anayasanın yer ve zaman itibarıyla geçerlilik alanı dışında, şimdiye kadar sadece yasama, bu ölçü pratik olmuştur. Bu, özellikle, Nazi devletinin, Yahudilerin vatandaşlıktan çıkarılmasına yönelik hukuk (-dışı) normlarıyla ilgiliydi. Bundan dolayı bu normlar, baştan itibaren, yani anayasadan bağımsız ve zaman olarak ondan önce hükümsüz kılınmıştı (Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 54, 53 [s. 68]). Ayrıca, birkaç yıl önce, iki Almanya'nın birleşmesine kadar, Demokratik Almanya Cumhuriyeti devlet uygulamasından ileri gelen, Alman sınırları içinde, öldürmek amacıyla açılan her ateşin, meşru sayılması kabul edilmemişti (Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 95, 96 [s. 133 vd.]). Hukuka bağlılık, Federal Almanya'da çıkarılan kanunlar için, pratik bir önemi olmaksızın, sadece teorik bir düşünüş tarzıdır. Çünkü anayasanın kendisi temel hakkaniyet taleplerini içermektedir; öyle ki, bunlar, anayasaya bağlılıkla yerine getirilmektedir. Bir aykırılık durumunda, pozitif normların üstündeki hukuk, anayasanın bile önüne geçecektir.

Bu özel sorunlar bir yana bırakılırsa, burada söz konusu olan, anayasa dolayısıyla devlet tasarrufları için, Almanya'daki geçerli hukuk normlarının, nasıl bir anlama sahip olduğudur. Cevap, bir yandan yasamanın anayasaya uygunluğundan, öte yandan idarenin diğer faaliyetlerinin kanun ve hukuka bağlılığından bahsedilen, Anayasa md. 20 f. 3 hükmündeki cümlelerin iki kısmının uyumundan ortaya çıkmaktadır.

## 2. Yasamanın Anayasaya Uygunluğu

Anayasa md. 20 f. 3 hükmündeki cümlelerin ilk kısmına göre, yasama, anayasal düzene bağlıdır. Bu bağlılık, öncelikle, anayasal düzene, onun emir ve yasaklarına uyma yükümlülüğünü ifade eder.

Yasama, anayasal ön koşulları yerine getirmekle sınırlandırılmış değildir. Anayasal düzenin yükümlülük getiren hükümleri bulunmadıkça, yasama, istediği gibi düzenleme yapabilir. Ayrıca, ilgili organlar, özellikle halk tarafından seçilmiş meclis veya referandum yoluyla yasamada halkın kendisi, demokratik olarak meşru kılınmıştır. Bu objektif meşruiyet, kanun yapma yetkisi olan kuruldun, yürütme organına, ancak, anayasal sınırlar içinde devredilebilir. Bu sınırlar, kuvvetler ayrılığı ilkesinden, demokrasinin gereklerinden ve anayasanın özel hükümlerinden çıkarılmaktadır. Bu bakımdan özellikle değinilmelidir ki, Anayasa md. 80 f. 1'deki 2. cümle, içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ön şartları yerine getirirlerse, ancak, hükümet ve bakanlara kanuni yetki vermektedir.

Anayasal düzene, gerektiği ölçüde uyulmadığında, yasama işlemleriyle anayasal düzen arasındaki aykırılıklardan kaçınılmış olunur. Ancak, yükümlülükler her zaman tam olarak uyulmaması, yükümlülüğün yerine getirilmemesi, hukukta genel bir tecrübedir. Bu bakımdan, Anayasa md. 20 f. 3'ten yaptırım olarak ilaveten anayasanın üstünlüğü çatışma kuralı çıkmaktadır. Buna göre, anayasal düzeni ihlâl eden hukuk normları, her ne olursa olsun, aslında *ipso iure* (kendiliğinden) ve *ex tunc* (geriye etkili olarak, baştan itibaren) hükümsüzdür. Eşitliğin ihlâl edilmesi gibi bir durumda veya hükümsüzlük, anayasa ihlâlini daha da arttıracak ise, istisnaen, sadece anayasaya aykırılık kabul edilir. Bu da, normun uygulanmaması sonucunu doğurur. Anayasal düzenin gereklerini yerine getiren, yeni bir kanuni düzenleme yapılan kadar, yürürlükte olan işlemler durdurulmak zorundadır.

Kanun çıkarılırken, anayasal bir yükümlülük ihlâl edilirse, bu tür bir yaptırım söz konusu olmaz. İhmal yoluyla anayasa ihlâli, gerekirse, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından aslında sadece tespit edilebilir. Bundan sonra, anayasal yükümlülüğü yerine getirme, esas olarak yetkili yasama organlarına bırakılmıştır. Yasama organlarının, sürekli iş göremez duruma düştüğü olağanüstü durumlarda, Federal Anayasa Mahkemesi, mahkemelerin, yargı faaliyetleri çerçevesinde, boşluğu dolduran müdahalelerini uygun bulmuştur.

Anayasal düzene bağlılık, daha önce de bahsedildiği gibi, devletin fonksiyonu olarak yasamayla, yani kamusal erk yoluyla her bir norm koyma bi-

çimiyle, maddi anlamda kanun olan kararname ve tüzükler gibi, şekli anlamda meclis kanunlarının çıkarılmasıyla ilgilidir.

Norm koyma sürecine katılan tüm devlet organları, bu bağlılığın muhatabıdır. Bunlar, kuvvetler ayrılığı ilkesine uygun olarak, ilk sırada, anayasa gereğince yasama erki olan meclisler ve gerekirse, halk tarafından doğrudan yasama, anayasa tarafından öngörülmüşse, halk; kendilerine şekli anlamda kanun yoluyla uygun tarzda düzenleme yapma yetkisi devredilmişse yürütme organları, özellikle hükümetler, bakanlar, ayrıca belediyeler, üniversiteler ya da barolar gibi, bağımsız kamu hukuku tüzel kişileridir. Bunun için var olan şartlara, özellikle belirliliğe daha önce işaret etmiştim. Anayasa md. 80'in içerdiği gibi, benzer ilkeler, demokrasi ve hukuk devleti genel düşüncelerinden hareketle, tüzükler ve diğer düzenleme biçimleri için de önemli sayılır.

Anayasal düzene bağlılığın dayanak noktası, doğrudan doğruya anayasadır, yani tüm düzenlemeleriyle Federal Almanya'yı tamamiyle içine alan anayasa ve eyaletler için öngörülen eyalet anayasalarıdır. Bunun yanında, özellik temel haklara bağlılık da önemlidir. Bu, ilk olarak, temel haklarla sınırlandırılmış özel alanın korunmasını amaçlar ve böylece, yasamanın ihlalleri karşısında ilk önlemeyi yapma etkisi doğurur. Bu arada, temel haklara bağlılık, temel hakların, özellikle üçüncü kişilerden gelecek tehlikelere karşı, devlet tarafından korunması yükümlülüğünün esası olarak da anlaşılmaktadır.

Anayasal düzene bağlılık, dolaylı olarak, anayasal normlar hiyerarşisi çerçevesinde, maddi anlamda yasamanın bağlı olduğu her iş karşısında öncelikli olan, diğer tüm hukuki normlara da bağlılık sonucunu doğurmaktadır. Kararname ve tüzükler yoluyla idari norm koyma yetkisinin, meclisin çıkarmış olduğu daha üst derecedeki kanunlara bağlılığı da bunun içine girmektedir. Bu, yasamayı kendisi temsil ettiğinden, fonksiyonel anlamda, Anayasa md. 20 f. 3 hükmündeki cümlenin 2. kısmına göre, kanuna ve hukuka bağlı tutulmamaktadır.

Yasamanın anayasaya uygunluğu, norm koyma alanı dışında, hukuk uygulamasını da etkiler. Çünkü hukuk ve anayasa devletinde, esas olarak, sadece geçerli hukuk normları uygulanabilir. Bundan dolayı, hukuku uygu-

layan her kurum, hukuki olayda uygulanacak hukuki normun, anayasaya veya üst derece başka bir norma aykırılık dolayısıyla hükümsüz veya uygulanamaz olup olmadığını denetlemek zorundadır.

Mahkemeler, kararlarında, anayasaya göre çıkarılmış şekli kanunlar dışında, geçersiz hukuk normlarını dikkate almazlar. Anayasa, md. 100 f. 1'de, onları, anayasaya aykırılık meselesini, somut norm denetimi denilen usulde, bu gibi durumlarda, kanunun anayasaya aykırı olduğunu açıklamada tek yetkili yer olan, Federal Anayasa Mahkemesi'ne götürmekle yükümlü tutmuştur. (Bu, "Federal Anayasa Mahkemesi'nin iptal tekeli" olarak adlandırılır.)

Hukuk normları, üst derece normları ihlâl ederse, idari makamların nasıl hareket etmek zorunda olduğu, Alman anayasa hukukunda, kesin olarak çözüme kavuşturulmamıştır. Bu şüphe, özellikle, diğer mahkemelere oranla, Federal Anayasa Mahkemesi'nin müdahale ettiği meclis tarafından çıkarılan kanunlar için söz konusudur. İdari makamlar içinse, böyle bir düzenleme yoktur. Bu gibi durumlar, Anayasa Mahkemesi tarafından, her defasında sorumlu hükümetler için açıklık sağlanmasıyla, doğru bir şekilde çözülecektir. Bu, kural olarak, soyut norm denetimi (Anayasa md. 93 f. 1 no. 2) adı verilen imkânla gerçekleştirilir. Bu mümkün olmazsa, benim görüşüme göre, idari makam, anayasaya aykırı kanunu uygulamayabilir ve hatta uygulamamalıdır. Yargı denetimi her zaman için mümkün olduğu için, riski üstlenilebilir.

Bundan sonra, kanuna bağlılık incelenirse, buna göre her zaman sadece, geçerli, yani anayasayı ihlâl etmeyen veya diğer üst dereceli hukuka ters düşmeyen hukuk normları söz konusu olur. Böylece, yasamanın anayasaya uygunluğu ilkesi, anayasanın üstün konumu anlamında, yürütmenin kanuna bağlılığını önemli derecede etkiler.

### **3. Yürütme Erkinin Kanun ve Hukuka Bağlılığı**

#### **a) Hukuka Bağlılık**

Yürütme erkinin, Anayasa md. 20 f. 3'e göre, "Kanun ve Hukuka" olmak üzere çifte bağlılığı çerçevesinde, hukuka bağlılık –daha önce de belirtildiği gibi– pozitif normların üstündeki hukuka aykırılık halinde, haksız-ka-

nun tehlikesini ortaya koyar. Ancak bu, anayasanın maddi anlamda hukuk devletinde, anayasaya bağlılık yanında, pratikte bir önem taşımaktadır. Anayasayı ihlâl etmeyen, bir haksız-kanun var olabilseydi, pozitif hukukun üstündeki hakkaniyet ilkesini ihlâl etmesi sebebiyle geçersiz olurdu ve bundan dolayı –anayasaya aykırılık durumunda olduğu gibi– bağlayıcı gücü olmazdı.

Bunun yanında, “hukuka” bağlılığın çeşitli bakımlardan önemi vardır: Bu bağlılık, herşeyden önce, kanunların her yorum ve uygulamasının, hakkaniyet amacına yönelik olmasını açıklar ve buna ek olarak, kanun boşluklarının, genel hukuk ilkeleriyle doldurulması için yetki verir. Bu, en azından anayasadan önceki oluşumda geçerliliğini sürdürebilen örf ve adet hukukunun varlığını gösterir ve devletler hukukunun genel hükümlerinin istisnai durumlarda, Anayasa md. 25 özel hükmü gereğince, doğrudan doğruya geçerliliğini ister. İstisnai olarak geçerli örf ve adet hukuk var olduğu takdirde, kanuna bağlılıktaki gibi, aynı kurallar geçerlidir.

Ancak, hukuka bağlılık, hakkaniyet düşüncesine dayanılarak, geçerli kanunlardan sapmayı meşru kılmaz. Kuvvetler ayrılığı çerçevesinde, bunların somut düzenlemelere dönüştürülebilmesi, kanunla saklı tutulmuştur. Bunun yanında, anayasanın veya hatta pozitif normların üstündeki hukukun sınırları, ihlâl edilmediği sürece, hukuk uygulayıcısı bunu kabul etmek zorundadır ve kendi subjektif hakkaniyet düşüncesini kanunun üzerinde tutamaz. Bu aynı şekilde, mahkemeler için olduğu gibi, idari makamlar ve diğer yürütme organları için de geçerlidir.

## **b) Kanuna Bağlılık**

Yürütme erki için, Anayasa md. 20 f. 3, hukuk devletinin geleneksel, idarenin kanuna uygunluğu ilkesini ifade eder. Bu aynı zamanda, 19. yüzyılın sonlarından beri, Alman idare hukukunun temelini oluşturmaktadır. Otto Mayer’in klasik formülasyonunda, idarenin kanuna uygunluğu üç ögeyi içermektedir: Kanuna uyma yükümlülüğü, kanunun üstünlüğü ve kanunun mahfuzluğu.

### **aa) Kanuna Uyma Yükümlülüğü**

Kanuna bağlılık, devlet organlarına, yürütme erkinin uygulanmasında, kanun düzenine, onun emir ve yasaklarına uyma yükümlülüğü getirir. Bu,



idari makamlar için olduğu kadar, normun diğer muhatapları için de, uyulması gereken yükümlülükler getirmek için konmuş hukuk normlarının, adeta doğal etki biçimidir. Galiba bundan dolayı, Almanya'daki tartışmalarda, idarenin kanuna uygunluğunun bu ilk ögesinden, çoğunlukla açık bir şekilde hiç söz edilmiyor; fakat bu, konu bakımından inkar edilemez.

### **bb) Kanunun Üstünlüğü**

Kanunun üstünlüğü –anayasanın üstünlüğü gibi– bir ihtilaf normudur. Kanun, yürütme erkinin kanuna bağlılığı ihlâl eden her işlemi durdurur. Herhangi bir geçerli hukuk normunu ihlâl eden yürütme erkinin işlemleri, esas olarak geçersizdir. Anayasaya aykırı kanunlarda kıyasen tam olarak gerçekleştirilen, idarenin faaliyetleri için olduğu gibi, mahkemelerin hatalı kararları için de, pratikte önemli değişiklikler geçirir.

Alman idare hukukuna göre, idari işlemlerin hükümsüzlüğü, sadece istisnai olarak ortaya çıkan özel bir durumdur. Bu durum, özellikle, bir idari işlem, ağır ve açık bir kanun ihlâli olarak niteleniyorsa ortaya çıkar. Oysa normalde, yürütme erkinin işlemleri, hukuka aykırı olmasına rağmen etkilidir. Hatta kanuna aykırılıklarına rağmen sürekli etkili olarak kalabilirler ve sonra da, bunlarla ilgili yükümlülük getirebilirler. Ancak, idari işlemlerin hukuka aykırılığının sonuçlarının idare hukukunca şekillendirilmesi, kanunun anayasal üstünlüğü karşısında, haklı olmak zorundadır. Buysa, sadece sınırlı hallerde mümkündür.

Kanuna aykırı idari işlemlerin asli etkinliği için meşruiyet, devlet organlarının, kendilerine verilen görevlerin gerçekten farkına varabildikleri anayasal amaçtan çıkarılabilir. Bu –açıkça hukuka aykırılık durumları dışında– düzenlemelerin her halde önce bir kez etkin olduğunu ve uyulmak zorunda olduklarını, gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı, bu, ilke olarak kabul edilebilir. Çünkü fonksiyonel bir hukuk devletinde, idarenin, çoğunlukla kanuna bağlı kalacağı ve bundan dolayı idari işlemlerin en azından hukuka uygun olacağı, göz önüne alınır.

Tüm kamusal yürütme makamlarının faaliyetlerinin, hukuka uygunluğunun her zaman re'sen kontrol edilmesi, bu varsayımlara dahildir. Bu anlamda, fonksiyonel bir hukuki denetim, idarenin kanuna uygunluğu ilke-

sinden çıkarılabilecek düzenlemeyle ilgili zorunlu bir sonuçtur. Ayrıca, yerli yaptırım ve işler bir hizmet denetimi içeren memurlar kanunu aracılığıyla uygun yükümlülüklerle, her bir memurun kanunlara uygun davranmasının da sağlanması zorunludur. Bu mekanizmaların, en tepeden aşağıya doğru, kötüye kullanılmaması için, hükümetin meclis tarafından denetimi gibi, uygunsuzlukları her zaman açığa çıkarabilecek durumda olan bütünüyle özgür bir basın varlığı da zorunludur.

Adı geçen tüm şartlar yerine getirilmişse de, hala daha asli etkinliğini sürdüremeyen, hukuka aykırı idari işlemlerin olabileceği, elbette göz ardı edilemez. Bu durumlar bakımından, hukuka aykırılığı durumunda idari işlemlerin geçerliliğinin kaldırılabilmesi gereklidir. Bunun için, haklarıyla ilgili olarak vatandaşın emrine, tüm idari işlemlerin hukuka uygunluğunun kapsamlı denetimini sağlayan uygun hukuki araçlar verilmelidir. Yürürlükte olan Alman idare hukukuna göre, vatandaşın emrinde, önce idare içinde, sonra mahkemeler önünde kullanılabileceği, bu tür hukuki yollar bulunmaktadır. Bu hukuki yollar, erteleyici etkiyle donatılmıştır; yani hukuki yol kullanılır kullanılmaz, idari işlemin etkinliği, geçici olarak durdurulur, hukuki yol üzerine karar verinceye kadar askıya alınır. Yani vatandaş, esas olarak sadece itiraz ederek, idari işleme sağlanan etkinliği, hukuki durum aydınlanıncaya kadar erteleyebilir. Bu, hukuka aykırı idari işlem için, ilgiliye karşı artık etkisini gösteremeyeceği anlamına gelmektedir.

Hukuka aykırı işlemlerin sürekli geçerliliğinin meşruiyeti, kanunun üstünlüğü ile hukuk devleti ilkesinin eşdeğer diğer bir parçası olarak hukuki güvenlik ilkesinin karşılaştırılmasından çıkarılır. Bu ilke, vatandaşların olduğu gibi, devlet organlarının faaliyetlerinin de güvenilir bir esasa ihtiyaç duymasını amaçlar. Vatandaş açısından, özellikle, eğer onun için geçerli düzenlemelerin sürekliliği söz konusuysa, güvenin korunmasından bahsedilir. Vatandaşa yükümlülük getiren düzenlemelerde, yeni ödevler karşısında hala çoktan gözden düşmüş olaylarla başa çıkamayan ve diğer durumlar için güvenilir bir temele ihtiyaç duyan devlet organlarının fiil ehliyetinde kamunun menfaati söz konusudur. Buna, idari makamların günümüzde gittikçe artan düzenlemeleriyle ilgili olan, üçüncü kişilerin menfaatlerini de eklemek gerekir.

İlgiliden, eğer kanun ihlâlini önceden tespit etmek ve hukuka aykırı idari işlemleri ortadan kaldırmak için yeterli fırsatı varsa, kanunun üstünlüğünün sağlanmasından vazgeçmesi beklenemez. Bu imkân, daha önce bahsedilen hukuki yollarla, bir ay içinde kullanılmış olmak ve meselede elle- rinde bulunan düzenlemeler yeterli ölçüde verilmek zorundadır. Makam- lar ayrıca, çoktan beri yürürlükte olan hukuka aykırı idari bir işlemi, ken- diliklerinden veya ilgilinin talebi üzerine kaldırma konusunda yetkilidir- ler ve aksini gerektiren önemli bir menfaatin bulunmaması halinde ise bu- nunla yükümlüdürler.

Böylece, sonuçta, kanunun üstünlüğünün talepleri, devlet tasarruflarının etkinliğini ve hukuki güvenliğin önemini çok fazla azaltmaksızın, günü- müz Alman idare hukukunda muhafaza edilmiştir.

### cc) Kanunun Mahfuzluğu

Yasamanın anayasaya uygunluğu karşısında, Alman anayasa hukukuna göre, idarenin kanuna uygunluğu, gelenekten çıkan ve büyük önemi bulu- nan, kanunun mahfuzluğu olarak adlandırılan, üçüncü bir öge içerir. Ka- nunun mahfuzluğu, uygulamada, devletle ilgili düzenlemelerinin, sadece yasama sürecinde veya kanun temelinde yapılabileceğini ifade eder. Yü- rütme erkinin icrası için, kanunun mahfuzluğu böylece, kanuni temeli ol- mayan faaliyetleri yasaklayan bir yasak normu olarak etki gösterir.

Kanunun mahfuzluğu, Alman anlayışına göre, yürütme erkinin her faali- yeti için kayıtsız şartsız geçerli değildir. Ancak, kişi özgürlüğüne ve özel mülkiyete her türlü müdahaleler içinse, geçerli olması tartışmasızdır. Bu klasik biçimle, kişiler için önemli hukuki bir zarar doğuran düzenlemele- rin tümü söz konusu edilmektedir. Bundan dolayı, yürütme erkinin yü- kümlülük getiren her işlemi, kanuni bir yetkiye ihtiyaç duyar.

Bundan başka, kanunun mahfuzluğunun kapsamı, bugüne kadar açıklığa kavuşturulmamıştır. Bunun, geleneksel kabul görmüş müdahale eden ida- renin alanı dışına genişlemesi gerektiği üzerine, geniş ölçüde görüş birliği vardır. Hangi alanları kapsamaması gerektiği, hala bilinmemektedir.

Federal Anayasa Mahkemesi, ilk olarak kapsamlı önem teorisini oluşturd- du. Buna göre, önemli tüm meselelerde kanun gerekli olmalıydı. Bu esas-

la örneğin, okullarda cinsellik bilgisi dersinin sadece kanuni esasa verilebilmesi kabul ediliyordu (karş., Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 47, 46). Bununla birlikte kısa bir süre sonra, kuvvetler ayrılığı çerçevesinde, diğer anayasal organların, özel olarak hükümetin de, NATO Sözleşmesi çerçevesinde, orta menzilli roketlerin yerleştirilmesine muvafakat gibi bağımsız olarak önemli konularda karar vermeye yetkili olabileceği görüldü (Federal Anayasa Mahkemesi Kararı 68,1). Bu arada, idari faaliyetlerin kanuni esasının gerekliliği, şüphesiz çoğunlukla zaten mahfuzluğun klasik uygulama alanı tarafından güvence altına alınan temel hakların özel öneminin olduğu hallerde hemen tanınmaktadır.

Devlet uygulamasında bugüne kadar, örneğin önemli büyüklükte sübvansiyon uygulamaları, sık sık kanuni bir düzenleme olmaksızın yapılmaktadır. İdare mahkemeleri, meclisin (dışa etkili olmayan) bütçe kanunu ile onayladığı bütçe planındaki uygun eklerle ve eşitlik esaslarına göre uygulanan, idarenin iç ihale talimatlarıyla yetinmektedir.

Yasama elbette, belli meselelerde, kanuni esasa dayanmayan bir faaliyetin yürütülmesini kanunen yasaklamak suretiyle, bizzat kapsamlı mahfuz alanlar yaratabilir. Örneğin (Alman) Sosyal Kanunu Genel Hükümler § 31'e göre, tüm sosyal yükümlülükler için böyle yapılmıştır. Ancak bu, artık kanunun mahfuzluğu anayasal ilkesinin etkisi dışındadır.

Kanunun mahfuzluğu, müdahale eden idarenin klasik alanı için, ayrıca yetkilendirilmiş makamlara, yerinde kararların kanun tarafından kesin olarak belirlenmediği, takdir serbestisi ya da değerlendirme yetkisi verilmesini dışta bırakmamaktadır.

#### **dd) Bağlayıcı Kanun**

İdarenin kanuna uygunluğunun üç etkisinin hepsi için (kanunun yükümlülük doğuran etkisi, üstünlüğü ve mahfuzluğu için), burada anlatılan modele göre, her hukuk normu, yani sadece meclis tarafından çıkarılan kanunlar değil, aynı zamanda yürütme organları tarafından çıkarılan kararname ve tüzükler de, kanundur.

Kanunun yükümlülük doğuran etkisi için, bu şüphe götürmez: Hukuku uygulayan makam ve mahkemeler – normun muhatapları gibi – hangi dereceden olursa olsun, geçerli her hukuk normuyla aynı şekilde bağlıdır.

Kanunun üstünlüğü etkisi için de aynısı geçerlidir: Her hukuk ihlâli, aynı şekilde hangi hukuk normu olursa olsun, idari işlemi sakatlar ve bundan dolayı esas olarak geçerliliği iddia edilemez. Ancak özel durumlarda tutarlılık için, anlatılan değişiklikler geçerlidir.

Kanunun mahfuzluğu problemlidir. Burada kısmen, idari işlemler için kanuni dayanağın, şekli anlamda bir kanun olması gerektiği, istenmektedir. Federal Anayasa Mahkemesi de, önem kaydına ilişkin içtihadında, meclis tarafından yapılacak yasama faaliyetinin gerekliliğinden bahsetmiş ve bununla meclis kaydı diye anılan konu hakkında yanlış anlamalara yol açmıştır. Benim görüşüme göre, hangi derecede olursa olsun geçerli her hukuk normu, fakat tam olarak sadece geçerli bir hukuk normu, kanunun mahfuzluğunu yerine getirmektedir. Derece olarak kanunların altında bulunan hukuk normları –bahsedildiği gibi– sadece yeterli derecede şekli-kanuni yetki dolayısıyla caizdir. Bunun yanında, yetkinin belirliliğine ilişkin talepler, düzenlemenin konusuna göre farklılık gösterebilir ve temel haklar söz konusu olduğunda özellikle belirgin olabilir. Bu, istisnai durumlarda, derece olarak kanunların altında bulunan her hukuk normunu dışarıda bırakabilir ve açık anayasal hüküm gereğince Anayasa md. 104 f. 1, 2. cümleye göre resmi kanun gerektiren hapis cezası düzenlemesi için olduğu gibi, bizzat meclis tarafından çıkarılan kanundaki bir düzenlemeyi gerektirebilir.

### III. Sonuç

Böylece, kanunun üstünlüğü ve idarenin kanuna uygunluğu hakkındaki düşüncelerimin sonuna gelmiş bulunuyorum. Alman anayasa ve idare hukukçusu olarak, Alman hukukunun ilgili problemler için bulduğu kalıplara dayanabildim ve bunların, en azından örnek olacak şekilde gösterilebildiğini umarım. Yürütmenin kanuna bağlılığı, görüldüğü gibi, çeşitli şekillerde münferit anayasa ve hukuk düzeninin gelişimine bağlıdır ve bundan dolayı her defasında uygun ifade tarzını bulmak zorundadır. Detaydaki küçük farklılıkların, bunun yanında daha az önem taşıdığı görülmektedir. Temel öğeler kesin olarak şunlardır:

- İdari faaliyetlerin kanuna uyması yükümlülüğü,
- Bu yükümlülüğün ihlâlini engelleyici etkili tedbirler ve ihlâlin söz konusu olması halinde yaptırımlar,
- Ve temel hakların, her ne olursa olsun sadece kanuna dayanılarak sınırlandırıldığı münferiden korunmuş bir alanın tanınması.

Kanunun, merkezi rolünü de yerine getirmesi için, gerçekleştirmesi gereken talepler vardır:

- Anayasa ve pozitif normların üstündeki hakkaniyetin gereklerine içerik olarak uygunluk –daha önce buna işaret edilmişti–
- Ve –buna sadece değinildi– demokrasi ilkesi ölçülerine göre oluşması.

Son olarak, kişileri devletin hukuk ihlalleri karşısında güvence altına almak için, kapsamlı ve etkili bir yargı denetimi imkânı sağlanmazsa, idarenin kanuna uygunluğu hiçbir şey ifade etmez.

Bir anayasa bunların hepsini güvence altına alsaydı bile: Şu kesindir ki, devlet tasarruflarının kanuna uygunluğu, ancak bir devlet içinde gerçekten yaşanır.

Çeviren : Ar. Gör. Eşref KÜÇÜK  
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## Oturum Başkanı

---

Sayın Prof. Michael Sachs'a teşekkür ediyorum.

Söz sırası Yekta Güngör Özden'de; kendisi tartışmacı olarak aramızda bulunuyor. Sabah oturumunun süresini aşması nedeniyle zamanımız çok kısır. Kendisinden bu zamanı çok ekonomik kullanması ricasında bulunacağım.

Yekta Güngör Özden'i hepimiz çok yakından tanıyoruz zannediyorum; ben biraz daha yakından tanıyorum. 1933 yılında doğdu, 1956 yılında Ankara Barosunda stajyer olarak göreve başladı. Genel Sekreterlik, Başkanlık yaptıktan sonra 1979 yılında Cumhuriyet Senatosunca Anayasa Mahkemesine Üye seçildi. 1988'de Başkan Vekili, 1991-1995'te iki kez Başkanlık yaptı. En uzun süre Anayasa Mahkemesi Üyeliği ve Başkanlığı yapmak rekorunu elinde bulundurmaktadır. Hacettepe Üniversitesinde 3 yıldır ders vermektedir. Daha önce Atatürkçü Düşünce Derneği Başkanlığı yapıyordu, şu anda da Türk Hukuku Kurumu Başkanı bulunmaktadır.

Atatürkçü düşünce, Atatürk ilke ve devrimleri yönünde verdiği mücadele hepimizin gıpta ettiği, hepimizin göğsünü kabartan bir aşamadır. Biz, onu sadece alkışlamakla belki kendi görevlerimizi daha az yaptığımız kamımızdayız.

Sözü kendisine bırakıyorum ve zamanı ekonomik kullanmasını özellikle rica ediyorum; çünkü bir bildirimiz daha var.

## **Yekta Güngör Özden**

**Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanlarından ve  
Türk Hukuk Kurumu Başkanı**

Bu tür etkinliklerde sıra bana geldiğinde ya zaman kıskacına alınıyorum ya da gerçekleri söylemekten biraz daha uzakta tutulmam için -af buyurun- "atın önünde et, itin önünde ot" dedikleri sözü anımsatırcasına, benimle ilgili olmayan konularda konuşmacı seçiliyorum.

Sayın konuşmacıya teşekkür ediyorum; bize Alman hukukunda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü konusunda ışık tutan, örnek olacak anlatımlarda bulundu. Ama ben bilimsel ağırlıklı bir konuşmadan kaçınarak, olayı Türkiye'mize indirgeyip hukuk devleti, hukukun üstünlüğü konusunda yapılması gerekip yapılmayanlarla yapılmaması gerekip de yapılan nelerdir onlara değinmek istiyorum; ama o 20 dakikaya sığmaz. Zaten hukuk devleti konusunu bırakınız, sadece devlet konusunda bize zaman ayırılsa birkaç gün bile yetmez. Onun için ben, sizin sabrınızı da kötüye kullanmadan özetle bazı konulara değineceğim.

Bu etkinliği düzenleyen Türkiye Barolar Birliğine yürekten teşekkür ediyorum.

Seçilmesinde, Barolar Birliği Başkanlığı almasında Ankara Barosu Grup Çalışmalarının Başkanlığı bendeydi. Değerli arkadaşlarımla güveniyle bu etkinlikleri yürüttük ve Faruk Erem hocamızı, bazı oluşumlardan sonra Barolar Birliği Başkanlığına taşıdık. O, hukukun üstünlüğü ilkesini Anayasaya geçirmiştir. Bugünkü Anayasanın 81. Maddesinde milletvekil-

lerinin, 103. Maddesinde de Cumhurbaşkanı Andında hukukun üstünlüğüne bağlı kalmaktan söz edilir; ama Türkiye’de andına bağlı kalan insan az olduğu için, maalesef, bunları gereken ciddiyetle değerlendirmekten hep uzak kalıyoruz.

Değerli dinleyenler, bu etkinliği düzenleyenlere teşekkür ettiğim gibi Sayın Başkana da teşekkür ediyorum; benim hakkımda güzel sözler söyledi. Ama Türkiye’de, özellikle son yıllarda gerçekler saptırılıyor. Saplantılılar; egemen, bir kesimi terör aygıtı gibi çalışan medyanın gerçek dışı yansımaları, anlatımları, savcı, yargıç, temyiz makamı yerine geçmesi yargıyı etkilemeyi bırakınız, yargıda baskıda bulunmak çabalarını ısrarla sürdürmesi, Türkiye’de hukuk devletini calkının çıktığının bir kanıtıdır “hukuk devleti” dediğimiz yapı bir bütündür. Bu devletin kuramsal, soyut yapısı dışında nitelikli hukukçularla, hukuk kurallarıyla bütün oluşturan bir yapı önümüze gelmektedir. Dünya; bugüne kadar diktatörlüklerde bugün olsa bile polis devletinden kanun devletine, kanun devletinden hukuk devletine taşımıştır; ama gelin görün ki sözünü de pek az eden insan çıkmasına karşın hukuk devleti bizzat yaşanmıştır. Örneğin, 1797’de Kant’ın yazdığı “Ahlakın Metafiziği” kitabının hiçbir satırında hukuk devleti sözünü göremezsiniz; ama Kant’ın anlattığı hep bir hukuk devletidir.

Daha sonraki yıllarda, burjuva devrimiyle 1789 Fransa’sında, onu izleyen Alman ihtilalinde -sanayi devrimini öyle alıyorum- önümüze gelen yapılar hep hukuka bağlılığı gündeme getirmiştir; ama daha sonra bunlar değişmiştir, artık çağımız sosyal hukuk devleti çağıdır. Bizim Anayasamız da bunu söylemesine karşın son yıllarda siyasetçilerin özellikle ihmal ettiği, kimisinin küreselleşme, globalleşme adıyla kimisinin de yağmaya, talana çevrilen özelleştirme adı altında sürdürdükleri göstermektedir ki devletin sosyal niteliği bir tarafa itilmiştir. Hukuksal niteliği zaten hemen her gün itilmektedir. Her türlü aykırılığı görebilirsiniz. Hukuka bağlı kalması başlıca görevi olan, bu konuda özen ve duyarlılığı herkese örnek olması gereken kurumlarla ve kişilerle hukukun çiğnendiğini sık sık üzüntüyle izlemekteyiz.

Benim belleğimde kaldığına göre, Alman Anayasasınının 28. Maddesi “Federal Alman Cumhuriyeti demokrat, sosyal bir devletidir” demektedir; bu kadar “hukuk” yok. Ama 28. Maddesinde “devleti oluşturan eyaletlerin



anayasaları demokrat, sosyal hukuk devleti niteliklerine bağlı kalmak zorundadır” açıklığı vardı. Yine hatırladığıma göre Alman Anayasası 79. Maddesi de devletin niteliğini değiştirme konusunda, Anayasayı değiştirme yetkisini taşıyan Parlamento çoğunluğunu bile yetki alanı dışında bırakmıştır; tıpkı bizim Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 4. Maddesinin devletin şekliyle Anayasanın 2. Maddesindeki devletin niteliklerinin değiştirilmesinin önerilmesini yasakladığı gibi.

“Bir hukuk devleti” dediğimiz zaman, öncelikle bir devletin olması gerekiyor, sonra hukukunun ne olması gerektiği ortaya çıkıyor, ondan sonra ikisini birleştirip hukuk devleti ortaya çıkıyor. Hepiniz biliyorsunuz devlet, ülkeyi ve insanı kapsayan bir insan ve hukuk kurumudur; bana göre başlıca tanımı budur “hukuk” dediğimiz kavram da insanların kendi arasındaki ilişkileri ve insanların devletle olan ilişkilerini düzenleyen, daha da açılımla devletlerin birbirleri arasındaki ilişkileri düzenleyen yazılı ve sözlü hukuk kurallarıdır. Bunlar üstün hukuk kurallarıdır, İnsan Hakları Bildirgesini içerdiği gibi evrensel hukuk kurallarıdır. Bunlar devletlerin, anayasaların bile göz ardı edemeyeceği, onların üstünde olan, Anayasa koyucunun bile bağlı kalmak zorunda bulunduğu kurallardır. Türkiye’de hukuk devleti konusunda büyük çabalar gösterilmiştir. Bizim Avrupa’dan son zamanlarda Avrupa Birliği üyeliğini, önümüze bir dayatma nedeni gibi getirenlerin Kıbrıs’ta “adalar denizi” dediğimiz Ege Denizinde ve Güneydoğuda bizden ödünler istediği bir durumdan çok daha önceleri biz onlardan çok daha demokrattık.

1930’lu yıllarda, Atatürk’ün Cumhurbaşkanlığı zamanında yalnızca Almanya’dan Türkiye’ye sığınan 142 bilim adamının varlığını gözetirseniz, Türkiye’nin o yıllarda adı anılan dünyadaki pırıl pırıl 10 cumhuriyetten biri olduğunu hepimiz benimseriz; ama özellikle 1950’de çarkların tersine dönmesiyle “siz isterseniz hilafeti getiririz” diyen çoğunluk diktası özlemcileriyle ve bilhassa 1980’den sonra her şeyin alabora olması ve tersine çevrilmesiyle ahlaksızlığın, şeriatçılığın, peşinden ırkçılığın, daha peşinden soygunculuğun gündeme gelmesiyle Türkiye Cumhuriyeti cumhuriyet olmaktan çıkarılmıştır. Ben, hukuk devleti bağlamında cumhuriyeti anlattığım için buna değiniyorum. 1808 Senedi İttifakı, padişaha karşı toplumun kimi hakları edinme çabasıdır; kısaca anımsatmak istiyorum.

1839 Tanzimat Fermanı, 1856 Islahat Fermanı, 1876 Kanuni Esasi ki o Belçika Anayasasından örnek alınmıştır. Tıpkı bizim bugün Anayasa Mahkemesinin, 1962'de kurulurken Alman Federal Anayasa Mahkemesini örnek alması gibi- daha sonra yine 1876'da yürürlüğe giren Mecelle. Biraz geriye gidip çizgiyi öne getirirsek, 1840'tan başlayan Avrupa'dan alınan yasalar. Daha sonra 1921 Anayasası, devlet olmadan ilan edilen anayasa- dır değerli dinleyenler, dikkatinizi çekerim. Birinci maddesi -bugünkü Türkçe'yle söylüyorum-"egemenlik bağıtsız, koşulsuz ulusundur" diye anayasa. Osmanlı Devleti bir sömürge niteliğiyle var. Hasta adam artık ölüm döşeğinde; fakat devlet ad olarak ayakta. Ona karşın 1920'de ki ben ona hep "23 Nisan 1920'de cumhuriyet kurulmuştur; ama adı 29 Ekim 1923'de konulmuştur" diyorum; 3 yıl sonra- devlet olmadan ilan edilen anayasa bu. Daha sonra bu 1921 Anayasası, cumhuriyetle yapılan değişiklik 29 Ekim 1923'te ve peşinden 1924 Anayasası.

İlk 1920 değişikliğinde, Atatürk'ün cumhurbaşkanlığı seçimini sağlayan o yapıda cumhuriyet bir hükümet biçimiydi. 1924, 1961 ve 1982 anayasalarında cumhuriyet bir devlet biçimidir. Bütün bu oluşumları süratle gözden geçirirsek ve özellikle Büyük Atatürk'ün el yazılarıyla Afet İnan hanımefendinin yayıma verdiği "Medeni Bilgiler" kitabınının 53 yerinde demokrasiden söz edildiğini göz önüne alırsak, bu da yetmez, yine Atatürk'ün her demokrasi sözcüğünün altında satırlar değil, sayfalar tutan açıklamalarla "ailede demokrasi nedir, eğitimde nedir, ekonomide nedir?" dediğini düşünürsek Türkiye Cumhuriyetinin bir sosyal hukuk devleti niteliğiyle kurulduğunu kabul ederiz. Nitekim 15 Temmuz ile 20 Temmuz 1927'de, Cumhuriyet Halk Partisinin ikinci büyük kurultayında Atatürk'ün uzun, o büyük söylevinde -biliyorsunuz 6 gün sürmüştür, 36 saat 33 dakika- son cümlesi şöyledir: "buraya kadar anlattıklarım, yüzyıllardır çektiğimiz acıların bizde yarattığı uyanıklığın ve bağımsızlığını yitirmiş sayılan bir ulusun varlığını korumak ve kanıtlamak için ortaya koyduğu savaşımın bir sonucudur. Biz, bunları ülkemizin her yanını sulayan kanlara borçluyuz. Bu sonucu da Türk gençliğine emanet ediyorum" der ve "Ey Türk gençliği" ile başlar. Bu "Ey Türk gençliği"nden önceki son cümlesi şudur: "biz, teknolojinin son gereklerine göre bir bilim devleti kurduk" der. Bugün göz ardı edilen bilimin atılması, YÖK yakınmaları, uygulamalar, bi-

lim adamlarının akçalı durumlarının, öbür sosyal gereklerinin gözetilmesi, öbür alanların olduğu gibi terslikleri gündeme getirmektedir.

Tabii bireysel özgürlükleri öne alan, onu yasalarla sınırlayan, yasalara bağlılığı birincil ödev sayan bir hukuk devleti yanında, bu bireylere aynı zamanda huzur getirecek, yarınlara yönelik güvence sağlayacak bir sosyal hukuk devletinde düşünersek, sonra bunların ikisinin uzlaşarak sosyal hukuk devletinin oluştuğunu göz önüne alırsak, hukuk devletinin ne anlama geldiğini daha iyi kavramış oluruz. Tabii değerli konuşmacı için bunları anlamak çok kolay. Bizim 1982 Anayasasının, 1961 Anayasasının çok kötü bir kopyası olduğu meydanda. Benim bu konuşmalarımı hareketleriyle, bakışlarıyla, tebessümleriyle beğenmeyenler, buna katılmayanlar olabilir; ama ben demin de söyledim bilimsel bir ağırlıktan kaçınıyorum. Mademki Türkiye Cumhuriyetine bir Anayasa hazırlamak istiyoruz, o Anayasa için soyut anlatımlar, belirtiler yerine somut durumlara değinmek istiyorum; onun için böyle dağınık konuşuyorum.

Bakınız, arkadaşlar çoğu zaman “sivil Anayasa” diyorlar; bu söze de katılmıyorum. Türkiye’de cumhuriyeti kuranlar da ordulaşmış insanlardır, Türk insanıdır, o anayasayı yapanlar da sivillerdir, 1961 Anayasasını yapanlar da sivillerdir, 1982 Anayasasını yapanlar da sivillerdir. Demokratik kitle örgütleri varken sivil asker ayırımına karşıyım, sivil toplum örgütü deyimine karşıyım.

Değerli dinleyenler, bu Anayasaya göre 12 Eylül 1980’den, bu Anayasasının kabulünü izleyen ilk milletvekili genel seçiminden sonra oluşan Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını kurduğu 06 Aralık 1983 gününe kadar çıkarılan yasaların denetimi, Anayasasının Geçici Maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi denetim dışında bırakılmıştır. Peki, 06 Aralık 1983’ten bu yana tam 18 yıl geçmiştir. Ne yapmış siviller? Niye Anayasayı değiştirmemişlerdir? 5 kez değiştirdiler biliyorsunuz; ama neyi değiştirdiler? Türkiye’de dinsel terör yokmuş gibi, Türkiye’de etnik terör yokmuş gibi bunları yapanların, bunları yapmaya kalkışanı kışkırtanların, bu konuda düzelme sözü vermeyenlerin, bir düzelme ve pişmanlık belirtisine giremeyenlerin giderek bunları yapmalarına olanak hazırlayan Anayasa değişikliğine gidilmiştir. Örneğin siyasal partileri kapatmak gibi; 1965’te kapatıldı. Hangi kapatılan partinin ardılı olduğunu hepimiz bi-

liyoruz. Bugün de ayakta kalıp, Türkiye'yi çağdaş ortamdan uzaklaştırıp bir kökten dinci düzenle, şeriatın pençesine teslim etmek isteyenlerin kimler olduğunu açık, seçik biliyoruz. Yargı organları elinde buna ilişkin dosyalar olduğu için kimi yargı yöneticileri konuşsalar da ben konuşmuyorum; çünkü görevde bulunduğum sürece bir partinin kapatılacağını ya da açılacağını söylemedim, bir yasanın iptal edilmeyeceğini söylemedim, ama Türkiye'nin içine sürüklenmek istedikleri tehlikeyi bildiğimden cumhuriyetin temelini oluşturan ilkeleri ve cumhuriyet kurucularını savunduğum zaman yalanlarla, iftiralarla, üstelik en yakınımızdan beni suçlamaya başladılar. Ben onun için diyorum; içinden ve yakınından geldiğim kuruluşlara ilişkin çok bilgim olduğu için çok söz söyleyecektim; ama beni o bölüme koymadılar. Herhalde onları söylemeyeyim diye konuşmacı olarak o bölüme koymadılar, buraya attılar ki. Bir kez daha böyle oldu.

Açık, seçik konuşalım "hukuk devleti" diyoruz. Değerli dinleyenler, yıllardır söylüyoruz. Yine bir anımla başlayayım; 1982 Anayasası daha taslak durumundayken ben bir söz söyledim "dünyanın hiçbir yerinde sanıklar yargıçlarını seçemez" dedim "ne demek istiyorsun?" diye köşkte bir tartışmaya girdik. Yine o günlerde Günaydın Gazetesi ve Nokta Dergisi yazdı; Yüksek Hâkimler Kurulunun bağımsız yapısını sürdürmesini savunurken "yargıcına kapalı olan yol hademesine açıktır" dedim. Anayasa Mahkemesinin tüm üyelerini Cumhurbaşkanı seçiyor, Anayasa Mahkemesi Yüce Divan sıfatıyla vatana ihanetten Cumhurbaşkanı yargılsa, hep kendi seçtiği üyeler onu yargılayacak. Kararın olumlu ya da olumsuz biçimine kim inanır? Öyle verseniz "zaten başka türlü yapamazdı" diyecekler, böyle verseniz "kendilerini kanıtlamak için böyle yaptı" diyecekler. Ben bu aksaklığa, daha Anayasa kabul edilmeden değindim ve Milliyet'te adımla yazdığım başyazıyla -12 Eylül döneminde iki kere yazdım- "devlet, bu Anayasayla Cumhurbaşkanının vesayetine sokuluyor" dedim. Hukuk devleti, kişisel egemenliklerin devleti değildir. Hukuk devleti baskıyı, zoru, şiddeti, işkenceyi, her türlü yolsuzluğun reddeden bir devlettir; ama bu devleti bu biçimde yaşatmak için öncelikle nitelikli hukukçular, terbiyeli siyasetçiler, içtenlikli, yürekli yurtseverler gerekmektedir. Bunların hepsini bir araya getirmedığınız zaman hiçbir şeyi koruyamayız, bugün olduğu gibi hukuk devleti kâğıt üzerinde ve sözde kalır.

Almanya'da, Anayasa Mahkemesi iptal etmesine karşın 9 kere, 10. kez kadaylık yaparcasına aynı yasayı bir kez daha yasalaştırma var mı? Hatta "Anayasa Mahkemesi yine iptal eder" diyerek onu Anayasa kuralı dönüştürme çabası hangi hukuk devletinde vardır ki bazılarımız, sanki bugün Türkiye Cumhuriyetinde hukuk devletini bu haliyle yeterli buluyor gibi oluyor. Soygunun, hırsızın üstesinden gelmeye çalışan insanlar, görev yaparken "bulun bunları, kim yapmış?" diyen başbakanlar başka hangi hukuk devletinde vardır? Bulmak herkesin, her yurttaşın görevidir. Öyle Silahlı Kuvvetlerle kavga eden, yargısıyla kavga eden, af diye gafı çıkaran, ondan sonra onu geri çevirip ondan imzalayan, Anayasa Mahkemesine götürmeyen bir Cumhurbaşkanı. Herkes her şeyi söylüyor; ama konum gereği, eski kurumuma saygım gereği eski kurumumla ilgili olan insanların, burada gördüğüm veya görmediğim kimilerinin yaptıklarını, yapmadıklarını da söylemiyorum.

Anayasada yazıyor "kanun hükmünde kararname, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarında ve Genel Kurulunda öncelikli, ivedilikli görüşülür" değerli dinleyenler, hukuktan anlayan insan için başka bir zaman ölçüsü, başka bir yöntem sıralaması gerekiyor mu? Niye öncelikli ivedilikle görüşmüyorlar? 7 yıldır görüşülmeyen kanun hükmünde kararname var. Ondan sonra atamalar; Danıştay karar veriyor uygulamıyorlar. Son gün itiraz yapılıyor, reddediliyor, ertesi gün yeni bir işlemle başlatıyorlar, bir daha görevden alıyorlar. Bu neye benziyor? "1961 Anayasası için bu lükstür, bize çok geniştir" diyen insanların ve şimdikinden önceki Cumhurbaşkanı'nın "hükümetin üzerinde Danıştay, Meclisin üzerinde Anayasa Mahkemesi var" demesi. Anayasa mahkemelerini kabul eden ülkeler açık, seçik benimsemelidirler ki yasama organlarının üzerinde bir güç vardır; ama bu yargı gücüdür "hukuk devleti" dediğimiz devlet hukukçuların devleti değildir, hâkimin devleti değildir, hukukun üstünlüğü de hiç kuşkusuz hukukçuların üstünlüğü değildir. O; hukukun, hukukçuların hepsi arkada olsa bile yargıcı, savcısı, avukatı, yöneticisi olsalar bile hukukun herkesin üzerinde ikinci bir güneş gibi doğduğu devlettir. Aydınlığın olduğu, soyluluğunun bulunduğu, açıklığın olduğu ve devletin her türlü işlem ve eyleminin bağımsız yargının denetimine açık olduğu devlettir.

Türkiye’de Cumhurbaşkanı Hâkimler ve Savcılar Kurul üyesini atayacak, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümünü atayacak, Danıştay üyelerinin 1/4’ini atayacak, başka atamalar yapacak, siz bu devlette hukukun bağımsız olduğunu savunacaksınız. Cumhurbaşkanı peygamber olsa bile, her an için atanan insanın bağlı olduğu yere ilişkin söylentiler sürer. Burada benim anlatacağımı dinleyen değerli arkadaşlar var. 1992 yılında Anayasa Mahkemesinin 35. Yıldönümü törenleri yapılırken Avrupa’dan, Amerika’dan, Rusya’dan yüksek mahkeme başkanlarını çağırmiştık. Bundan evvel ki Almanya Cumhurbaşkanı da, o zaman bizim konuğumuz olarak Federal Almanya Mahkemesi başkanı iken aramızda bulunuyordu (Roman Herzog) daha evvelki Başkanları Zeitler’i de biliyorum. Geldiği zaman, sağlığında burada konuşmalarımız olmuştu. Ben, eski üye olduğumu için burada bulunan değerli Anayasa üyeleri onları tanımazlar. O zaman Danimarka Mahkemesi Başkanı “bakın değerli arkadaşlar, Danimarka Yüksek Mahkemesinde bir boşalma olduğunda mahkememiz 6 aday gösterir. Meclise gönderir, Meclis 3’e indirir, krala gönderir. Kral 3’ten hep biri seçer” dedi. O bir, hep mahkemenin seçtiği birincidir. YÖK’ten olsun, Anayasa Mahkemesinden olsun, Yargıtaydan olsun cumhurbaşkanlarına atama için son imza yetkisi veren seçimler, Cumhurbaşkanının doğrudan adam seçme yetkisini anlatmaz. Seçen organların yaptığı seçimlere saygıyla uyma bağlılığını gündeme getiren biçimsel bir olgudur. Siz bu organların seçtiğini atar, onlara önem verirseniz sizin saygınlığınız artar, seçimlerde onur ve güç kazandı anlamındadır. Türkiye’de böyle mi oluyor? İşine geldiği zaman birinci, işine geldiği zaman üçüncü, işine geldiği zaman ikinci; böyle seçim olmaz.

Bütün bu olayların altında, hukuka bağlılık ve hukuk duygusunun gerçekten olup olmadığı yatıyor. Diploma ve çanta, hiçbir zaman insanı hukukçu ve avukat yapmak, dosyayla hukukçuluk da taslanmaz. Hukukçu çok bilgili olur, çok çalışkan olur, çok ahlaklı olur, çok yürekli olur ve hukukçu yanlısından dönen insandır. Son yıllarda, yüksek mahkemeler başta olmak üzere, aldığımız yakınmaları göz önüne getiriniz. Geciken davalar, gerekçesi olmayan kararlar, birbirine zıt olan kararlar, 5 yıl değil 7 yıl yazılmayan kararlar biliyor musunuz? Peki, o zaman hukukçu olmanın, bir mahkemede üye olarak bulunmanın ne görevi var? Doğrusu bilmiyorum.

Burada Anayasa Mahkemesinin değerli üyeleri de var. Anayasa Mahkemesinde içtüzük değişikliği yapılıyor. Anayasa Mahkemesi üyeleri karar yazmayacaklar, bir üyenin gözetiminde raportörler yazacak; yok böyle şey arkadaşlar. Bunlar tembelliğe prim vermektir, bunlar bana göre görevden kaçmaktır. Bir raportör bir dosyayı getirir, o yasanın iptalini savunur. Kurul tersine karar verebilir, o zaman raportör onu yazamaz “üyelerin gözetimi” dediğimiz şey savsaklamadır. Gözetim yapacak üye otursun, kararını bizzat yapsın. Her zaman övgüyle, kıvançla söylerim ki Anayasa Mahkemesi üyeliğinin en belirgin niteliği, ırası devletin hukuk devleti olma karakteri gibi bana göre başta gelen özelliği karar yazmaktır. Orada raportör üyenin baskısı altında ne zaman yazacak, nasıl yazacak, neler yazacak? Bunları gündeme getirmek çok güçtür.

Hukuk devleti konusunda ben size hukuka aykırı olanı anlatsam zaman yetmiyor, Sayın Başkan da toparlamak çağrısında bulunuyor. Her zaman şunu söylüyorum: Değerli arkadaşlar, niteliği ne olursa olsun kötülükler, aykırılıklar ve çelişkiler bizi umutsuzluğa düşürmemelidir. Anayasa değişikliğinin gündemde olduğu bugünlerde, demin dediğim gibi devleti devlet olmaktan çıkaran, toplumu ulus düzlüğünden çıkarıp azınlıklarla bölmek isteyen ve ümmet düzeni düşlemek isteyenlere ödün verecek Anayasa değişiklikleri Mecliste tartışılırken, Medeni Kanunun tarihsel gerekçesini, yeni Medeni Kanundan çıkarma önermeleri Mecliste tartışılıp Mahmut Esat Bozkurt imzasını taşıyan o anıt gerekçenin özetlenmesi kabul edilirken, kusura bakmayın, hepimiz uyuyoruz. Tepkisiz, duyarsız, ilgisiz bir toplum durumuna düştük -bana hiç kızmayın- karar yazmakla, dosya okumakla, yargılamakla yetmiyor. Bizim resmi görevlerimizin dışında bir de yurttaşlık ve insanlık görevlerimiz var; bu bizim toplumumuza, dünyaya karşı borcumuzdur. Bu borcu yerine getirmek için her zaman söyleyeceğiz.

“Anayasanın 159. Maddesi değişsin” diyorlar. Anayasanın Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşması için madde “61 Anayasası elbet kötü” der. Anayasayla ilgili 146 ve 153. Maddeler de çok geride; ama orada 3 kişi Yargıtaydan, 2 kişi Danıştaydan 5 üye varken, müsteşarla bakan 7’yi tamamlarken, o 5 kişi özlenen biçimde durmazsa müsteşar olmuş, bakan olmuş ne yazar arkadaşlar? Herkes kendi üstüne düşeni yapmalıdır.

En kolay ticaret din ticareti nasıl olsa; herkes ona sapıyor. En kolay yol da suçu başkasının üzerine atmak, başkasından bir şeyler bekleyerek sonuç almaktır. Onun için ben size burada -değerli arkadaşlar beni tanıyanlar bilir- beğensin beğenmesin, katılsın katılmasın hukuk konusunda, devlet konusunda, hukuk devleti konusunda -çünkü dinleyenlerde konuklar olduğunu da görüyorum- bilimsel çok hususlar söyleyebilirdim. Onların hepsini söylesek yeniden yapılmasını özlediğiniz, Türk ulusuna yarışır bir Türkiye Cumhuriyeti Anayasası için nelerden kaçınılması gereklidir ve nelerin o Anayasada içerilmesi, o Anayasanın neleri kapsaması gereklidir; bunları birleştirebiliyorsak ne mutlu. Bu bize büyük bir emanettir. Türkiye Cumhuriyeti hepimizin onurudur, şerefidir; ama bu devletin sosyal bir hukuk devleti niteliği ne kadar güçlenirse biz o kadar büyürüz, o kadar daha şerefe ulaşırız.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ediyorum Sayın Yekta Güngör Özden.

Aslında zevkle dinledik, sözünü de kesmek istemedim. Sanıyorum ki sorular kısmına geçeceğiz; ama beni bağışlayınız, öğleden önceki toplantının fazla sarkması nedeniyle çok zaman darlığı yaşıyoruz. Bundan sonra 16.00'ya kadar yetiştirmemiz gereken bir tebliğimiz daha var. O nedenle, soruları soru gibi sormanızı, herkesin korsan bir tebliğ, düşünce aktarmasını özellikle rica edeceğim.

Elimde Sayın Yekta Güngör Özden'e yazılı olarak sorulmuş bir soru var.

*"Sayın Başkan Yekta Güngör Özden'e,*

*Günümüz Türkiye'sinde siyasal yollarla kabul edilen yasalar ile hukuka ve Anayasaya, özellikle ulusal egemenlik ve bağımsızlığımıza karşı yapılan çığnemeler sayılamayacak noktaya varmıştır. Bunların büyük bölümü Anayasa Mahkemesine getirilemez ve götürülemez olmuşken bugün yaşa-*



*nan çaresizliği gidermede izlenecek yollardan birisi de barolara, Barolar Birliğine, üniversitelerimizin rektör ve hukuk fakültesi dekanlıklarına, yasalara Anayasaya aykırılığını doğrudan doğruya götürme yolları açılmalı mıdır? Bu konuda değerli düşüncelerinizi özetler misiniz?*

*Sayın Başkana, Özden'e elemsiz nice yıllar dilerim.*

*Turgut İnal"*

## **Yekta Güngör Özden**

Teşekkür ederim.

Biliyorsunuz 1961 Anayasasında "Organ Davası" dediğimiz türle Yüksek Hâkimler Kurulu, üniversiteler kendi alanlarında Anayasa Mahkemesine dava açabiliyorlar; 1982 Anayasasında bu kaldırıldı. Ben yıllardır, Başkanlık yaptığım dönemlerin son 4 yılında da Anayasa Mahkemesinin, tıpkı Almanya'da olduğu gibi insan hakları konusunda vatandaşların doğrudan başvurularını alacak -"şikâyet olur" dedim- bir yapılandırmaya gitmesini istedim; bu kurumsallaşma önerimi kimse söylemedi. Son zamanlarda kimileri -tabii medyamızın arşivi var da belleği yok, toplumun da belleği pek sağlıklı değil; söylenenleri, yazılanları unutuyorlar- bir konuyu söylediği zaman başkanın biri çıkıp "yepyeni şeyler söyledi" herkes alkış sürüsünün içine katılıyor. Medyada, Türkiye'de, siyasette, yargıda ya da başka makamlarda yeni yeni balonlar şişiriliyor. Onun için açık seçik söylüyorum; bu yol açılmalıdır. Barolar Birliğine, Noterler Birliğine, Mimar Mühendis Odaları, hatta imar alanında -başka alanlar da düşünülebilir- daha da dallaştırılabilir. Özellikle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için bu yol denenmelidir; yararlı olur kanısındayım. Çünkü yurta kapalı olan yollar, mahkemelere süre tanımadan açık olan yollar her zaman kullanılmadığından, özellikle uygulanacak kural konusu başlıca sorun oluşturduğundan siyasetçileri de siyasi partiler Hazine yardımını da -altını çizerek söylüyorum; ben 3 kez karşı oyda buldum- ve siyasi partilerin kapatılmasının güçleşmesi yolunda yapılan düzenlemelerin hiçbirisini Anayasa Mahkemesine getirmiyor. Neden? Bugün en masum gö-

rünen parti bile yarın kendisinin Anayasaya ya da yasaya aykırı duruma gireceğini biliyor. Onun için şimdi zararlı olan bir parti için bile siyasi parti güçleştirme kuralına destek veriyorlar; sorun bu sorundur.

Ülkenin geleceği söz konusudur. 1995'te yapılan değişiklikle siyasi partilerin kapatılması gerçekleştirildi, şimdi biraz daha güçleştiriliyor. Tamamen ortadan kalktığında kimse devleti kurtaramaz; bu tehlikeye işaret ediyorum.

### **Oturum Başkanı**

---

Soru sormak isteyen var mı? Yok.

Teşekkür ederim.

(Ödüller takdim edildi.)

## BİLDİRİ II

"YARGI BAĞIMSIZLIĞI"  
(YARGIÇ GÜVENCESİ, YARGININ VE SAVUNMANIN  
BAĞIMSIZ ÖRGÜTLENMESİ)



### Oturum Başkanı

Av. Teoman Evren (TBB Önceki Başkanlarından)

### Sunuş

Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu (Yargıtay Genel Sekreteri)

### Tartışmacı

Av. Eralp Özgen (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)

## Av. Teoman Evren

TBB Önceki Başkanlarından

İkinci bildirimize geçiyoruz. Bildirinin konusu “yargıç güvencesi, yargının ve savunmanın bağımsızlığı ve örgütlenmesi” konuşmayı sunan Yargıtay Genel Sekreteri Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu. Lütfen buyurun efendim.

Tartışmacı, Türkiye Barolar Birliği Başkanı Avukat Eralp Özgen; buyurun Eralp bey.

Bildirimizin konusu, demin arz ettiğim gibi “yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, yargının ve savunmanın bağımsız örgütlenmesi” bu sorun, Türkiye’de her gün tartışılan bir sorun halinde. Tabii yargı bağımsızlığını zedeleyen önemli olaylar var; ama biz de bir kolaycılığa kapılarak yargının bütün olumsuzluklarını yargı bağımsızlığının üzerine yıkmak gibi bir kolaycılık içine girmiş bulunduğumuzu düşünüyorum; bu benim özel fikrim. Bu konuda daha pek çok özel düşüncelerim var; ama onları belki daha sonra anlatırım. Demin size beyan ettiğim gibi vaktimiz çok kısaldı. Bütün bunlara rağmen yetiştireceğimizi sanıyorum.

Bildiriyi sunuş için söz hakkı Uğur İbrahimhakkıoğlu’nda. Özgeçmişini sunuyorum; Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu 02.07.1944’te İstanbul’da doğmuştur. İstanbul Haydarpaşa Lisesinin bitirmiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 1965 yılında mezun olduktan sonra askerliğini Lüleburgaz’da Yedek Subay Asteğmen ve Adli Teğmen olarak yapmıştır. İstanbul Barosuna bağlı olarak Üsküdar ve Kadıköy’de 1 sene avukatlıktan sonra İstanbul Adliye Sarayında hâkimlik stajını yapan İbrahimhakkıoğlu sırasıyla Muş Cumhuriyet Savcı Yardımcılığı, Pasinler ve Terme Cumhuriyet Savcılığı, Uşak, Kastamonu, Yozgat, Eskişehir ve Mersin il Cumhuriyet Başsavcılığı, Adalet Bakanlığı Müsteşarlığı, Bakanlık Yüksek Müşavirliği ve tekrar Müsteşarlık görevlerinde bulunmuş ve bu görevi nedeniyle Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Asil Üyeliği, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurul Üyeliği, Basın İlan Kurumu Üyeliği, Ceza İnfaz Kurumları İş Yurtları Kurumu Başkanlığı, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Başkanlığını yürütmüştür.

14.04.1998 tarihinde Yargıtay Üyeliğine seçilen Uğur İbrahimhakkıoğlu, Yargıtay Üçüncü Ceza Dairesi Üyesi iken 08.07.199 tarihinde Yargıtay Genel Sekreterliğine seçilmiştir. İngilizce bilen İbrahimhakkıoğlu, Mersin Üniversitesi Türk Dili ve Edebiyatı Bölümünde mastır yapmış, 1999'da Azerbaycan Devlet Üniversitesi Bakû Asya üniversitelerinden doktora diploması, Honorary Doktor unvanı verilmiştir. Çeşitli dergilerde yayınlanmış hukuka ve edebiyata dair makaleleri, Adalet Mesleğinde Uygulanan Mevzuat, Adalet Reformu ve Adli Mevzuat, Eskişehir'de Adli Yargı, Kütüphanemden Nükteler, Erzurumlu İbrahimhakkı ve İki Torunu adlı eserleri ve Üsküdar'da Edebiyat adlı mastır tezi vardır. Müsteşarlık döneminde yürürlüğe giren bazı yasaları bizzat kaleme almıştır. Turink Kurumu Onur Kurulu Başkanı olup evli ve iki çocukludur.

Buyurun efendim söz hakkı sizde.

## **Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu**

Yargıtay Genel Sekreteri

### **YARGI BAĞIMSIZLIĞI**

#### **I-YARGININ BAĞIMSIZ ÖRGÜTLENMESİ**

Sayın Başkan, değerli meslekdaşlarım, hanımefendiler ve beyefendiler;

Yargı Bağımsızlığı kavramı, çok iyi bilindiği gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine dayalı modern demokratik devlet yapısının vazgeçilmez ve "olmazsa olmaz" bir ilkesidir. Hatta değil modern anayasalar, totaliter devletlerin hukukunda bile göstermelik olarak bir yargı bağımsızlığı ilkesi vaz edilmiştir. Bunun sebebi, "yargı"nın, bağımsız olmazsa "yargı" olamayacağı, bir devletin, yargısından bahsedilebilmesi için bunun bağımsız olmasını ifade etmek zorunluluğunda bulunmasıdır. Kaldı ki yargı, bilindiği gibi "ulus" adına icra edilir.

Şüphesiz Türkiye çağdaş bir demokratik ülkedir, bütün sıkıntılarına ve aksayan yönlerine rağmen Türkiye Cumhuriyetinin, Büyük Atatürk'ün

tabiri ile “medeni milletler camiası içinde” şerefli yerini almış bir hukuk devleti olduğunda şüphe yoktur. Aksini iddia etmek, bin yıllık tarihimize de, Cumhuriyetimize de, Ata’mızın bize emanet bıraktığı kutsal eserine de bühtan olur.

Ancak o büyük adamın “yaptıklarımızı asla kâfi göremeyiz” diyerek bize bilimin ve medeniyetin ışıklı ufkunu hedef gösterdiği üzere, devletin hukuk düzenini –değiştirmeksizin- sağlamlaştırmak; daha çağdaş, daha adil, daha uygar, daha bilimsel, daha evrensel ölçülere ve değerlere kavuşturmak zorundayız.

Başta Anayasamızın 138. maddesi olmak üzere, burada tekrarına lüzum görmediğim, hepimizin bildiği onca hukuk kuralına rağmen, Türkiye’de yargı gerçekten bağımsız mıdır? Kağıt üzerinde evet! hatta birçok modern devlette görülmeyecek kadar kurallara bağlanmış şekilde evet... Yargıçların çok büyük bölümünün cansiperâne çalışmaları, özverileri ve meslek kutsiyeti ile bağımsızlığına gösterdikleri ananevi düşkünlük ve duyarlılık olarak da evet... Ama uygulamada ve yasa kurallarındaki gediklerin insanlarca (bu insanlar yöneticiler, seçilmişler, medya, dava tarafları, hatta “sokaktaki adam”dır) kötüye kullanılmasında hayır!... Ben bu ülkede, Adalet Bakanlığında hâkim ve savcı kararnamesi hazırlanırken –şimdi kapatılmış bulunan- bir iktidar partisi müfettiş-milletvekilinin bakan yanına oturup, taslaktaki isimler için partisinin taşra teşkilatından gelen görüşleri kontrol ettiği ve onun oluruna göre kararnamenin hazırlandığına tanık olmuş adamım! ve ben hâlâ bu ülkede, bütçeden Adalete ayrılan sadaka niteliğindeki payın bile harcanırken, bir Yüksek Mahkeme başkanı veya genel sekreterinin tasarruflarının, Maliye Bakanlığındaki bir genel müdür yardımcısının tasvibine mevdu oluşunu yaşamaktayım... Bir ülkede nereye mahkeme kurulacağı politik baskılarla yürütme erki tarafından kararlaştırılırsa, bir ülkede yargılama yapacak tüm yargıçların (hâkim ve savcıların) mesleğe alınışlarına Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu değil yürütme gücüne dahil bulunan Bakanlık karar verirse, tüm yargı teşkilatının bütün ödenekleri, harcamaları, ihtiyaçları, personeli, binaları, araçları, kırtasiyesi, yürütme gücünün emrinde ve ihtiyarında ise, ilk derece mahkemelerinden yüksek mahkemelere ve tüm başsavcılıklara kadar yargının harcadığı her kuruş, maliye örgütünün tasvibine tabi ise ve suçları kovuşturmakla görevli c.savcılarının, şeklen emrinde görülen

polis ve jandarma üzerinde, diğer vatandaşlar üzerinde olduğundan farklı en küçük bir yetkisi yoksa, ne savcıların karakollara girip neler olup bittiğini, ne de Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Personel Genel Müdürlüğüne girip neler hazırlandığını kontrole, denetlemeye, ikaza, yol göstermeye ve işlemi yönetmeye sistemin doğası gereği fiilen olanağı, zamanı ve motivasyonu mevcut değilse, bir şehirde binlerce gıyabi tevkif müzakeresi infaz edilmese, yüzlerce faili meçhul cinayet aydınlatılmasa, onbinlerce ceza yakalanmasa, suçlu diye tutulan adamların yarısı mahkemelerde ya delil yetersizliğinden, yada gerçek suçlu olmadıklarından beraat etse dahi o şehrin emniyet müdürü aktüaliteyi iyi idare ettiği ve bakanları iyi karşıladığı için takdirnameler alıyor, taltif ediliyor, terfilere boğuluyor ve adli amiri olan c.savcısı bu duruma karşı hiçbir itirazda ve tezkiyede bulunamıyorsa; bir ülkenin basını, büyük çıkar çevrelerinin ve büyük politik güçlerin elinde, istediği adamı yerin dibine batırıyor ve istediği adamı göklere çıkarıyor, olayları saptırıp gereksiz merhamet yada acımasız nefret duygularını geniş halk topluluklarına enjekte edebiliyor ve savcılar bunlara karşı hiçbir şey yapamıyor, hakimleri bu gibi psikolojik etkilerden koruyamıyor ve çok direnirlerse kendileri de "okkanın altına" gidebiliyorlarsa; somut bir örnek: Yüce Atamızın muhterem annesinin kutsal hatırasına uzanan dilleri koruyanları korumadığı için bir adalet müsteşarı görevden alınabiliyorsa ve daha bunlar gibi yüzlerce örnek gösterilebilirse, o ülkenin yargısının bağımsız olduğu söylenebilir mi?

Bütün bütçe kanunlarının sonunda şu madde yer alır:

*Yürütme*

*Madde 71-Bu Kanunun;*

- a) *Türkiye Büyük Millet Meclisi ile ilgili hükümlerini Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanı,*
- b) *Cumhurbaşkanlığı ile ilgili hükümlerini Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreteri,*
- c) *Sayıştay Başkanlığı ile ilgili hükümlerini Sayıştay Birinci Başkanı,*
- d) *Diğer hükümlerini Maliye Bakanlığı*

*Yürütür.*

Şimdi insaf ederek söyleyelim, devletin üç ana erkenden birincisi olan yasa, bütçesini müstakilen idare edebiliyor, devletin başı olan Cumhurbaşkanlığı da, bütçesini yönetirken maliyeye, dolayısıyla yürütme gücüne bağımlı olmuyor, bütçenin denetimini üstlendiği için Sayıştay da tabiatıyla yürütmenin vesayetinden kurtarılıyor, ama geri kalan tüm daireler ve bu arada yürütmeye bağlı olmayan yargı, bütün kademelerinde, bütçesini kendi idare edemiyor, Maliye Bakanlığının vesayeti altında bulunuyor ve Mecliste hukuk bilinci olan hiçkimse, Sayıştayın yanına Yargıyı da katmamız gerekmez mi diye düşünmüyorsa, Anayasanın 138. maddesine aykırı olmuyor mu bütçe yasalarımız?

Biz Anayasa'nın yargı bölümünü yeniden yazmaya çalıştık ve tasarladığımız 138. maddeye şu fıkrayı ekledik:

*"Devlet, yargının bağımsız olarak, düzenli, sağlıklı ve hızlı işleyişi için gereken her türlü olanağı sağlar. Bu olanak, yargı bağımsızlığı ilkesine göre kullanılır."*

Bağımsızlık ve onu sağlayan güvence, şüphesiz sadece yargıçlar için değildir, ondan çok, halk için, toplum için, devletin rejimi içindir. Yargıçların görevlerini tam tarafsızlık ve ehliyetle yerine getirebilmeleri için, atamadan başlayarak yükselme, yer değiştirme, disiplin ve diğer bütün özlük işlerinde mutlak bir güven duygusu içinde olmaları gerekmektedir. Anayasanın 138 ve devamı maddeleri bu amaçla vazedilmiştir.

Size bir nebze Rusya Federasyonundaki yargıdan bahsetmek istiyorum:

Nisan 2000'de, sayın Yargıtay Başkanımızla birlikte Rusya'ya yaptığımız resmi gezide gördüğümüz sistem, kulaklarımıza ve gözlerimize inanmayacağımız kadar muhteşemdi:

- Rusya Federasyonununun 1993'de kabul edilen yeni anayasası yasama, yürütme ve yargı erkleri arasındaki ayrılığı ve eşitliği kesin şekilde sağlıyor. Protokolde eşitler, sadece Devlet Başkanı, Anayasanın garantörü olarak en üstte yer alıyor.
- Rus Yüksek Mahkemesi (Yargıtay) parlamentoya her konuda yasa teklifi verebiliyor ve bu tasarıların alt komitelerde red edilmesi mümkün değil, yasama meclisi bunları öncelikle görüşmek zorunda!



- Ülkede askeri mahkemeler var, fakat Askeri Yargıtay yok; askeri mahkemelerden verilen kararların temyiz incelemesi de Yargıtay'da yapılıyor. Bizde Askeri Yargıtay Başkanı konumundaki bir hâkim korgeneral, orada Yargıtay Başkan Yardımcısı statüsünde, yani yüksek mahkemelerde yargı birliği sağlamışlar.

Esasen yaptığımız tesbite göre Avrupa'da Askeri Yargıtayı olan tek bir ülke yok. Azerbaycan'da da yok. Askeri mahkemelerden verilen kararlar, tıpkı bizde DGM'lerde olduğu gibi, aynı Yargıtay'a geliyor. "Avrupa Konseyi'nin çeşitli kararlarında askeri mahkemelerin Yüksek Mahkemeye tabi olacakları vurgulandığı için" bu kurallara uyarak Askeri Yargıtayı kaldırdıklarını, daha doğrusu Yargıtayla birleştirdiklerini söylüyorlar.

- Yargı teşkilatı, idari bakımdan hakimleri, personeli, araç-gereci, bütçesi ile birlikte Yüksek Mahkemeye bağlı bulunuyor. Adalet Bakanlığının yargı örgütü üzerinde hiçbir görev ve yetkisi mevcut değil.
- Savcılar ve savcılıklar da yine bütün personeli, binaları, araç-gereci ve ödenekleriyle Yüksek Mahkeme başsavcısına bağlı.
- Yargı ile ilgili bütün kurullar, yüksek mahkemeler bünyesinde oluşmakta.
- Devlet Protokolü:
  - a) Devlet Başkanı
  - b) Başbakan
  - c) Devlet Başkanı Genel Sekreteri
  - d) Parlamento Başkanları (Senato-Duma)
  - e) Anayasa Mahkemesi, Yüksek Mahkeme (Yargıtay) ve Yüksek Arbitraj Mahkemesi (Kısmen Danıştay, kısmen bir yüksek ticaret mahkemesi konumunda) başkanları,

şeklinde sıralanıyor. Mahkemeler, saray biçiminde görkemli binalarda çalışıyorlar.

- Yargıçların yerleri değiştirilemiyor.

- Hakimlerin yaş sınırı yok. Kendilerine mutlak bir bağımsızlık sağlanmış.
- Adalet Bakanlığı sadece hükümetin hukuk ve adalet politikalarını saptamak ve yürütmek, uluslararası adli ilişkileri geliştirmek, cezaevlerini idare etmek gibi görevleri yürütüyor.
- Yasama ve yürütme erkleri yargının isteğini yerine getirmezse yargı, yani Yüksek Mahkeme Anayasa Mahkemesine gidebiliyor ve haklı çikarsa istediğini alabiliyor.
- Bütçeden ayrılan ödeneklerini bağımsız olarak kullanabiliyorlar.

Burada sadece Yargı Bağımsızlığı kavramını irdelediğimiz için, Rusya'daki yargı sistemini anlatmıyorum. Bu, ayrı bir konferans konusu olacak kadar enteresan bir olgudur.

Şüphesiz yargı bağımsızlığı demek, Yargıçları lâyüsel kılmak, onlara ilâh muamelesi yapmak, hiçbir disipline tabi kılmamak demek değildir. Sistemleri kurallara bağlı olmayan ve o kurallara uymayanların sistemde kalabildiği bir modern devlet düzeni olamaz. Mesainin 8.30 da başladığı bir şehirde hakim 10.30 da duruşmaya gelirse, Savcı, tipini beğenmediği sanığa sorgu yerine hakaret ederse, mahkeme verdiği kararın gerekçesini aylarca yazmazsa, senelerce keşfe gitmezse, dosyalar okunmaz, ara kararları takip edilmez, davalar darmadağın hale gelirse, bunları düzene sokacak bir otoritenin ve müeyyidenin varlığı şarttır. O nedenle yargı bağımsızlığı için gerekli eksikliklerimizi tesbit edip giderirken, yukarıdaki olumsuzlukları da bir ihtimal olarak hep hesaba katmak ve önlemlerini almak zorundayız.

Aksi takdirde bugünü de ararız. Nitekim "kooptasyon" sistemini en sert şekilde uyguladığımız "Yüksek Hakimler Kurulu" döneminde yaşanan acı olaylar, bugünün katı şartlarını yaratmıştır. Örneğin o dönemde, her ayın yarısını raporlu geçiren alkol bağımlısı bir hakimi bile görevden almak veya yerini değiştirmek mümkün olmamıştır. Şimdi bu güvence midir? O mahkemeye gidip de davası görülmeyen, keyfi işlemlere tabi tutulan vatandaşın hukuku ne olacaktır? Yine yakın bir geçmişte, görev yaptığı ilçedeki bir siyasi parti başkanının köy düğününe katılarak, ruhsatsız silah-

larla havaya ateş edilmesini hoş karşılayan, aldığı aşırı alkolün ve etrafının teşvikiyle kendisi de belinden tabancasını çekip karşısında oynayan insanlara ateş ederek bir kişiyi vurup öldüren savcuyu, değil tutuklamak, görevden uzaklaştırmak bile kabil olmamış ve bir başka ilçede, paşa paşa cumhuriyet savcılığı görevine devam etmesinde sakınca görülmemiştir.. Güvence isterken ona layık olacak süpabları da sağlamak zorundayız..

Bana göre Türkiye’de hukuken var olan yargı bağımsızlığının fiilen gerçekleşmesi için yapılması gereken reformist düzenlemeler şunlar olmalıdır:

1- Adli kolluk hemen kurulamıyorsa (bu ayrı ve büyük bir inceleme konusudur, sanıldığı gibi sırça-saray değildir, genel zabıta (polis ve jandarma) ikiye bölüp bir kesimini adli zabıta yapmanın sadece idari açıdan değil, adli açıdan bile bazı sakıncaları vardır. Bunun kusursuz gerçekleşmesi ayrı ve titiz bir çalışma konusudur, paldır küldür yapılırsa korkarım faydadan çok zarar getirebilir ve bugünü bile arayabiliriz) C.Savcılarına, genel kolluk üzerinde sicil, disiplin, yer değiştirme istemek gibi bir takım etkin yetkiler tanınmalıdır. Bu konuda 1997 de Adalet Bakanlığında çok ciddi bir çalışma yapılmış ve zamanın Başbakanına bu yoldan bir genelge de imzalatılmıştır, fakat hâlâ uygulanmamaktadır.

2- Hakim Adaylarının sınavı ve seçimi Adalet Bakanlığınca değil, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yapılmalıdır. (geçmişte bitirdikleri lisenin nevine göre hakim adayı seçildiğine tanık olunmuştur)

3- Mahkemelerin, dolayısıyla adliye teşkilatının kuruluşu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yetkisine verilmelidir.

4- Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, müteakip bölümde sunulacağı biçimde yeniden kurulmalıdır.

5- Yargının bütçesi bağımsız olmalıdır. Adliyeler ya Rusya’daki gibi Yargıtay’ın idaresine verilmeli, ya da ödeneklerin harcanmasında itâ amirlerinin Maliye Bakanlığına bağımlılığı olmamalıdır.

6- Hakim ve Savcılarının görev bölgeleri yeniden, makûl ölçülerde belirlenmeli, kimin hangi bölgede kaç yıl görev yapacağı saptanmalı, oradan han-

gi bölgeye gideceği (öyle ya Yozgat'a ya Aydın'a değil) açıkça bilinmeli ve bu sürelere mutlaka riayet edilmelidir.

7- Hakimlik mesleği kurallara bağlanmalıdır. Şimdi var gibi görünmekte ise de aslında hiçbir kural yoktur! Bir onbaşının hangi koşullarla çavuş olabileceğini saptayan devlet, bir sulh hakiminin hangi koşullarla asliye hakimi olabileceğini saptamamıştır! Bugün Türkiye'de Trabzon da, İstanbul da 1.Bölgedir, kimin ne zaman hangi tarafa gideceği belli değildir. Ne Ağır Ceza Mahkemesi Başkanı, ne Ticaret Mahkemesi Başkanı, ne D.G.M. Başkanı nede Başsavcı olmanın şartları belirlenmiştir.. İstedığınızı yapabilir, istediğinizi de alabilirsiniz! Hatta yüksek mahkemeye seçilmenin bile objektif kıstasları yoktur. Kıstas diye kanunda yazılanların içine, bütün Türkiye'deki yargıçların dörtte biri girmektedir! Ve siz bu 1500-2000 yargıç içinden 15 kişi seçersiniz, tamamen kendi takdir ve vicdanınıza tabi olarak.. Halbuki yargıçların kıdemi, mahrumiyet hizmetleri, başarıları, temyiz notları, hassas bölgelerde ve üst görevlerde sorumluluk yüklenişleri, yabancı lisan bilgileri, master, doktora eğitimleri, makaleleri, eserleri, ödülleri, ailevi durumu belli puanlara bağlanabilip olduğunca objektif kıstaslar getirilebilir; böylece de 15 kişi, 1500 kişi içinden değil 50-60 kişi içinden seçilir; herkes de o 50-60'ın içine nasıl girilebileceğini bilerek, kendi puanını yükseltmenin onurlu mücadelesini yapar, bugünkü sıkıntılar yaşanmaz..Bu dahi yargı bağımsızlığını sağlamanın enstrümanlarından biridir, çünkü nerede objektif kurallar varsa orada güvence vardır.

Avrupa Birliğine girerken karşılaştığımız en önemli sıkıntılardan biri, hukuk kurallarımızın ve bunları uygulayış geleneğimizin insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almaya yeterli olmayışıdır. Farkına varalım ki tarih aynen devam etmektedir ve biz bir bakıma hiç değişmemişiz: **Cevdet Paşa** "Tarih"inde, bizi Tanzimatın ilânına zorlayan hadiseleri anlatırken "*Frenkler dahi 'kanununuz ne ise meydana koyunuz' biz de görelim ve tebaamıza bildirelim, derlerdi*" diyor. Aradan geçen iki asra yakın zamandan sonra aynı sıkıntı içindeyiz: Gerçi artık binlerce "kanun"umuz var ama hâlâ aşılması ve dolanılması mümkün olmayan objektif kurallarımız yok... Hâlâ kırk yıllık hukuk hakimini ceza, kırk yıllık ceza hakimini hukuk mahkemelerine atayabiliyoruz. Böyle bir ortamda yargıç güvencesinden ve dolayısıyla yargı bağımsızlığından nasıl sözdebileceğiz?

8- Yargıtay ile Askeri Yargıtay, Danıştay ile de Yüksek Askeri İdare Mahkemesi birleştirilmeli, askeri hakimler de aynı şartlarla Yargıtay ve Danıştay üyeliğine seçilebilmeli ve bu yüksek mahkemelerin bir kanadını oluşturmahdırlar. Bu seçim sisteminin bir örneği Anayasa Mahkememizdir, kısmen Danıştayımızdır. Böylece yargı birliği sağlanmalıdır.

9- Savcılar ve savcılıklar, Bakanlığa ya da Yüksek Mahkemelere bağlılıktan kurtarılmalı, Cumhuriyetin müstakil ve hareketli takipçileri olarak, ayrı bir örgüt halinde, ilçe C.Savcıları, il C.Başsavcısına, il Başsavcılıkları da T.C. Başsavcısına hiyerarşik bağlılık içinde yeniden ve bağımsız olarak örgütlenmelidirler.

10- Yargıyı, medyadan ve “sokak” tan da bağımsız kılmak için Anayasa’nın 138. maddesine bir de “mahkemelere etki edecek yayın yapılamaz” hükmü konulmalıdır.

Burada konumuz, “bağımsızlık” kavramı ile sınırlı olduğu için, yargının diğer konularına ve sorunlarına girmiyorum, bunları, satırbaşları halinde bile vermiyorum. Ve bütün dikkati, “bağımsızlık” sorununa teksif etmek istiyorum.

## II- YARGI BAĞIMSIZLIĞININ ve YARGIÇ GÜVENCESİNİN TEMEL KURUMU: HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU VE SORUNLARI

Bütün modern anayasalarda devletin üç ana erkenden biri olan yargının, Türkiye’deki problemleri, toplumun bütün kesimlerinde sürekli şekilde tartışma konusu yapılmaktadır. Bu tartışmaların en fazla odaklaştığı kurum ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruludur.

Toplumun temel dayanaklarından biri olan adalet kavramı, somut işlevini yargı erkinde göstermektedir. Kişilerin ve kurumların birbirleriyle ve devletle aralarındaki ihtilâfları çözmek, toplum düzenini bozan suçlara ceza vermekle yükümlü yargı erki, bilindiği gibi, mahkemeler ve onların ayrılmaz parçası olan savcılıklar ile, barolar, noterlikler ve bağlı birimlerinden oluşur. Devlette bu gücü çalıştıran ana insan unsuru, hakimler ve savcılardır. Hakimlerin ve savcıların bağımsız olması, yani devletin öteki güçleri olan yasama ve yürütmenin emir ve etkisi altında bulunmaması, yar-

gının olmazsa olmaz şartıdır. O sebeple bütün çağdaş ve demokratik hukuk düzenlerinde ve sistemlerinde, yargının bağımsızlığı belirlenmiş ve güvence altına alınmıştır.

Peki hakimler ve savcılar, yasamanın (parlamento) ve yürütmenin (hükümet, idare) emir ve yönetimi altında olmadığına göre, özlük işleri nasıl görülecektir? Onları mesleğe kim alacak, kim atayacak ve yer değiştirecek, meslekte yükselmeleri, disiplin işlemleri, değerlendirilmeleri, gerektiğinde meslekten uzaklaştırılmaları ve yüksek mahkemelere seçimlerini kim yapacaktır? Bu konuda dünya anayasalarında ve hukuk düzenlerinde çeşitli sistemler vardır. Bu işlerin yine kendi içlerinden seçilmiş yüksek yargıçlardan oluşan kurullarca; parlamento, kral-kraliçe yada devlet başkanınca; hükümetçe; yüksek mahkemelerce yada bu birimlerden seçilmiş karma kurullarca yapıldığı görülmekte, bazen de halk tarafından seçilmektedirler. Bu sistemlerden bazıları ilk bakışta yargı bağımsızlığına aykırı gibi görülebilirse de, o ülkelerde fevkalade işleyebilmekte, hiçbir haksızlığa ve endişeye yer bırakmaksızın uygulanabilmektedir. Fakat bu olgu, aynı sistemin Türkiye'de de aynı mükemmellikte işleyebileceği anlamını taşımaz. Cumhuriyetin ilanı ile birlikte geçtiğimiz yeni hukuk düzenimizde henüz ne yazık ki böyle köklü gelenekler üretmedik ve bunları aydınlarımıza ve halkımıza kazandıramadık. Her gelen iktidarın kendi siyasi tercihleri doğrultusunda hakim ve savcı kararnameyi hazırlayabildikleri yıllar, henüz hafızalarımızdadır... İşte böyle bir tabloda Anayasamızın 159. maddesiyle kurulan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yargı bağımsızlığı yönünden hem hakim ve savcılar için, hem de onların davalarına baktıkları vatandaşlar için ne ölçüde teminat olabildiği, yıllardan beri sorgulanmaktadır...

Ve yıllardan beri bu kurul, şu ana noktalarda eleştirilmektedir:

1- Kurulun başkanı, siyasi iktidarın bir unsuru olan Adalet Bakanı, tabii üyesi de onun paralelinde olması yönetimin gereği ve doğası olan müsteşardır. Gerçi diğer beş üye Yargıtay ve Danıştay'dan seçilmiş yüksek yargıçlar olması nedeniyle siyasi iktidarın gücü kurulda azınlıktadır; ancak yargı teşkilatı üzerinde bu derece etkili ve işlevsel olarak yetkili bulunan iki siyasi zatın hakim ve savcılarının kaderi üzerinde söz sahibi olabilmesi, yargıç güvencesini esastan zedelemektedir.

2- Kurul doğrudan icrai bir yetkiyi haiz değildir; Adalet Bakanlığı ne hazırlayıp önüne getirirse onun üzerinde çalışmaya adeta mahkûmdur. Gündemi de bakanlık tespit eder. Ortak çalışma bir ölçüde karşılıklı tavizleri zorunlu kılmakta, bu dahi hakim ve savcılar için bir tedirginlik sebebi olmaktadır.

3- Hakim ve savcılar hakkında inceleme, denetleme ve soruşturma yapan Teftiş Kurulu, Yüksek Kurula değil Adalet Bakanlığına bağlıdır. Adalet müfettişleri bakandan emir alır ve onun iradesiyle çalışırlar. Böyle olunca hakkında işlem yapılan ve denetlenen bir yargıcın siyasi baskı duymaması ve kendisini güven içinde hissetmesi mümkün değildir.

4- Aynı şekilde özlük işlerini yürüten Personel Genel Müdürlüğü de Yüksek Kurula değil Adalet Bakanlığına bağlıdır. Hakim ve savcılarının bütün şahsi işlemleri burada yapılır. Yüksek Kurulun gündemi burada hazırlanır. Tabiri caizse burası Yüksek Kurulun mutfağıdır ve mutfak siyasi iradeye tabidir... Bu, bilinen halk deyimi ile davulun başkasının boynunda, tokmağın ise başkasının elinde oluşu demektir.

5- Kurulun seçilmiş üyelerinin de tümü, Cumhurbaşkanınca tercih edilmektedir.

6- Ve nihayet bu Yüksek Kurulun kararları aleyhine yargı yoluna gidilemez... En tali memurlara bile hukukun tanıdığı bu doğal hak, hakim ve savcılardan esirgenmiştir.

Ashında Türk yargısının sorunu demek, sadece Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumu demek değildir... Yargının sayısız sorunları vardır ve kurul o sorunlardan sadece birinin, bağımsızlık ve güvencenin, sadece bir cephesidir. Eğitim, ihtisaslaşma, yetiştirme, insan unsuru, karakter, ananeler, sosyal haklar ve refahın temini de bağımsızlık ve güvenceyle ilgili problemlerdir. Ondan da öte, yargı, başka sorunlar da taşımaktadır: Parasal imkansızlıklar, araç, gereç, bina ve malzeme sefaleti, personel kıtlığı, adli kolluk ve resmi bilirkişilik kurumlarının eksikliği, kanunların dağınıklık ve çokluğu, belli bir teşkilat sisteminin kurulamayışı, icra ve infaz kurumlarının acz ve sıkıntıları vs. vs...

Biz şimdi burada bu sorunlardan sadece birini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunu konu ediyoruz. Yargıyı tam olarak teşhis masasına yatırmak için, aslında diğer sorunları da incelemek ve irdellemek gerekecektir.

Yüksek Kurulun oluşumu üzerine bilen-bilmeyen herkes eleştiriler yağdırmakta, modeller üretmektedir. Ancak bu modellerin bazıları geçmişte denenmiş, tam aksi sonuçlar vermiş, bazıları en uygar ülkelerde bile ütopya olmaktan ileri gidememiş, bazıları Türkiye'nin koşulları ve insan unsuru özellikleri sebebiyle yargıya yarardan çok zarar getirir nitelikte olmuş ve bazı teklifler de, sistemin ihtiyaçlarının tam olarak bilinmemesinden, bu konuda hiçbir deneyim ve uygulamaya sahip olmamış bulunmaktan kaynaklanmıştır.

Bize göre durum şudur:

1- Bu kurulda üyelerin bazıları asil, bazıları yedek olarak seçilmektedir. İlk yanlışlık buradadır. Aynı yüksek mahkemenin aynı seviyede bulunan yüksek yargıçlarından bir kısmı diğerinden daha alt sıfatla görev yapamazlar. Kurul üyeleri aynı sıfatla seçilmeli, toplantıların mazeretlere rağmen sürdürülmesi için belli bir nisap belirtilmelidir.

2- Kurula seçilecek üyelerin üç aday olarak yüksek mahkemelerin genel kurullarınca belirlenip, bunların içinden birinin Cumhurbaşkanınca seçilmesi usulü, yüksek yargıya yakışmayan çok üzücü olaylara, kırılışlara ve davranışlara sebep olmakta, ayrıca tarafsızlık ve güvence kavramları ciddi şekilde zedelenmektedir. Üyeler genel kurullarca doğrudan seçilmeli, ancak ayrıca Cumhurbaşkanı da kurula yüksek mahkemelerden doğrudan bir veya birkaç (benim düşünceme göre üç bölüm için birerden üç) üye seçmelidir.

3- Yargının en yüksek kurumlarından biri olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna devletin öteki erklerinden yürütmenin bir üyesi olan Adalet Bakanının başkanlık etmesi yargıyı incitir... Bu, bir erki, öteki erkin tahakkümü altına sokmaktır ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Bu kurulun asıl başkanı, devletin başkanı olan (dolayısıyla devletin bütün erklerini temsil eden) Cumhurbaşkanı olmalıdır. Cumhurbaşkanı da yürütmenin başı değil midir gibi bir düşünüş, yargı erki için pratik bir yararı



yok eder. Böyle bir başkanlık, yargıyı hem onore eder, hem de yargının çeşitli sorunlarını çözmeye büyük bir imkan sağlar. Kurul ayrıca kendisine kendi içinden bir başkanvekili de seçer. Ancak eğer başkan da kurul içinden seçilecekse, yukarıdaki düşüncelerle Cumhurbaşkanı, kurulun onursal başkanı kabul edilmelidir.

4- Kurul; idari yargı hakimlerine, adli yargı hakimlerine ve cumhuriyet savcılarında bakan üç bölümden oluşmalıdır. Şu anda, hayatında bir gün bile savcılık yapmamış ve hatta bir savcı ile beraber çalışmamış (meselâ Danıştay'dan) bir kurul üyesi, savcılarının kaderini tayin edebilmektedir. Yine aynı şekilde ömründe kadastro kanunu görmemiş bir üye de (benim gibi savcılıktan gelmiş bir müsteşar) bir kadastro hakimini değerlendirebilmektedir. Bilgi çağında böyle bir tablo savunulamaz. Eski ve mülga Yüksek Hakimler Kurulunda bölümler, işlevsel olarak (atama, terfi, disiplin gibi) işbölümü yapıyorlardı. Biz, ihtisasa göre işbölümü teklif ediyoruz. Bu da yargıç güvencesinin bir unsurudur. Kafamızı hep siyasi baskıya takıp kalmayalım...

5- Bölümler mesela dokuzar veya yedişer kişiden oluşabilir ve yedişer veya beşer kişi ile toplanarak görev yapabilir. Üyelerin içlerinden en kıdemlisi bölüm toplantılarına başkanlık eder. Danıştay Başkanı idari yargı bölümüne, Yargıtay Başkanı hakimler bölümüne ve Yargıtay C.Başsavcısı da c.savcılar bölümüne istedikleri takdirde katılabilir, başkanlık eder ve oy kullanırlar. Yani Cumhurbaşkanı nasıl yüksek kurulun asıl yada onursal başkanı ise, Yargıtay ve Danıştay Başkanları ile Cumhuriyet Başsavcısı da bölümlerin asıl başkanıdır. Yargıtay üyeleri hakim ve savcı bölümlerinin birlikte toplanması ile, Danıştay üyeleri de idari yargı bölümünce seçilir. Yargıtay üyelerinin seçiminde toplantıya Yargıtay Başkanının, Danıştay üyelerinin seçimlerinde toplantıya Danıştay Başkanının başkanlık etmesi şarttır. Başsavcılar da bu toplantılara birinci üye olarak katılır ve oy kullanırlar.

6- Bölümlerin dokuzar veya yedişer üyesinden birer adedi Cumhurbaşkanı seçilir. Kalan 8'er yada 6'şar adedi idari yargıda Danıştay Başkan ve üyelerinden, adli yargıda Yargıtay Başkan ve üyelerinden genel kurullarınca seçilir. Savcılara bakan bölümün dört üyesi, en az 15 yıl C.Savcılığı

ya da İl C.Başsavcılığı; dört üyesi de aynı süre adalet müfettişliği yada başkanlık üst düzey yöneticiliği yapmış Yargıtay üyeleri içinden seçilmelidir.

7- Adalet Bakanı siyasi iktidarın temsilcisi ve devletin adalet politikasını düzenleyen hükümet üyesi olarak böyle bir kurulda hiç yer almamalı mıdır? Bizce almamalıdır. Bazı taslaklarda, toplantılara katılması, hatta başkanlık yapması ve fakat oy kullanmaması önerilmiştir. Oy kullanmayacaksa işlevi, görevi ve sıfatı nedir? Bizce sıfatı, o kurulda "savcılık" görevi üstlenmesidir. Evet Adalet Bakanı, bizzat yada görevlendirdiği müsteşarı vasıtasıyla veya müsteşarıyla birlikte kurulun bütün bölüm ve genel toplantılarına katılabilir; yazılı veya sözlü taleplerde ve açıklamalarda bulunabilir, ilgili hakim ve savcı hakkında delil ve belge ibraz edebilir, hükümetin sıkıntılarını dile getirebilir, teklifler, tavsiyeler yapabilir. Yani tıpkı bir ceza mahkemesindeki savcı konumundadır. Talep eder, demokratik bir düzende de buna hakkı vardır. Hatta bir ülkede eğer Adalet Bakanlığı varsa, bu onun en tabii görevidir. Ancak oy veremez, toplantıyı idare edemez, karara katılamaz. Talebini yapar ve ayrılır. Bölüm bir karar verir.

8- Bölüm kararlarına karşı Adalet Bakanının ve ona vekâleten müsteşarın ilgili hakim ve savcının ve hatta şikayet eden kimsenin itiraz hakkı olmalıdır. İtirazlar, belli bir nisap dahilinde, bütün bölümlerin bir araya gelip toplanması ile incelenir. Birinci müzakerede üçte iki çoğunluk sağlanmazsa ikinci müzakerede salt çoğunlukla karar verilir.

9- Şimdi şu düşüncemizden şaşırılmamalı ve ilk duyuşta hemen itiraz edilmemelidir ki, Yüksek Kurul kararlarına karşı ayrıca yargı yolu olmaz!... Bunu düşünenler, bu kurulda nelerin konuşulup görüşüldüğünü de düşünmelidirler. Bu kurulda bir hakim ve savcının en özel hayatı, gizli sırları, mesleki yeteneği, arkadaşlarıyla, taraflarla, personelle ve halkla ilişkileri, yani asla bir idari dava dosyasına yansıyor duruşma konusu yapılması mümkün olmayan sırları görüşülmektedir. Bu sırlar, bu kurulda, o hakim ve savcının meslektaş, büyüğü, ağabeyi, ablası olan yüksek yargıçlar tarafından, belki birlikte çalıştıkları ve ileride yine birlikte çalışacakları kişiler hakkında görüşülmektedir (bazı akademisyenler; toplantıların açık olmasını savunacak kadar idealisttirler, ama gerçekçi olalım, böyle bir konuyu açıkta kim konuşup tartışabilir?...). Şimdi bunların davaya yansımaları, yargıyı da, yargıcı da, çevresini de, hatta kurulu da yıpratmak-

tan başka hiçbir işe yaramaz... Yaramaz, çünkü yargı yolu, bir idari işlemin hukuka aykırılığı halinde ilgilinin mutazarrır olmaması için işin yargıç önüne götürülmesidir... Olay zaten yüksek yargıçlar önünde değerlendirilmektedir! Yüksek Kurul her ne kadar yüksek yargıçlardan oluşmakta ise de idari bir görev yaptığı, çünkü hakim ve savcıların özlük ve disiplin işlemlerinin adli değil idari bir görev olduğu ileri sürülmüştür. Halbuki değildir; Yüksek Kurulun yaptığı iş belki normatif olarak idaridir, ama hakkında hüküm verdiği kişiler hakim ve savcı, hüküm verenler yüksek mahkemelerin bu iş için seçilmiş yüksek yargıçları, raportörleri hakim, evraklar dava dosyası tarzında ve uygulanan usul de bir üst mahkeme müzakeresi şeklinde olduğuna göre iş, adeta adli bir veçhe kazanmaktadır. Doğrusu, Yüksek Kurulun işlevi ne tam idari, ne tam adli niteliktedir; sui generis, kendine özgü bir görevdir. Yargı yolunun da kendine özgü olması gerekir, bu da itirazdır. İtirazı inceleyen yirmi küsur yüksek yargıcın içinde aynı ihtisasa sahip olanlar vardır; idari yargının en üst kademesi olan Danıştay'dan seçilmiş olanlar vardır, hele uygulanan usul de sav-savunma-yargı üçlüsüne uygun şekilde bir dava formunda düzenlenip ilgililere savunma hakkı da verilirse, artık neyin yargı yolu düşünülebilir? Yirmiden çok seçilmiş yüksek yargıcın savunma teminatını sağlayan bir usul altında incelemesinin, yargı yolu olarak, Danıştay'ın bir dairesinden hukuken ne eksikliği olabilir?

Kaldı ki adli yargı, bugün Türk yargı sisteminin en az 9/10'unu teşkil etmektedir. Bu kadar büyük çoğunluğu teşkil eden bir yargı kanadının mensupları hakkında son sözün söylenmesi, 1/10'u teşkil eden diğer kanada (idari yargı) bırakılması, azınlığın kahir çoğunluğa mafevk olması gibi hukuken de, mesleki kurallar ve değerler ölçüsünden de terviç edilemeyecek sonuçlar doğurur: İdari Yargı, idarenin işlem ve eylemlerinin yasal denetim merciidir, adliyenin ve Adli Yargının denetim merci kılınamaz.

(Yargıtay'da birkaç arkadaşımızla hazırladığımız Anayasa Yargı Bölümü Taslağının H.S.Y.K.na ilişkin maddesi, bu görüşlerimizi büyük ölçüde yansıtmaktadır. Ancak o bir ortak çalışma ürünü olduğundan, şüphesiz bazı hükümler oybirliğine değil oyçokluğuna dayanmaktadır. O nedenle çelişkili görülecek yargı yolu konusunda kişisel inancımız budur.)

10- Nihayet bu kurul, elbette teftiş heyeti ve özlük işlerine bakan sekreteryaya ile teçhiz edilmelidir. Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü, hakimler ve savcılar dışındaki adli personele bakmalı, teftiş kurulu da hakimler ve savcılar dışındaki adli faaliyet ve işlemleri denetlemeli, ancak "iç içe" görevler sebebiyle bir Adalet Bakanlığı müfettişi bir hakim ve savcı hakkında olumlu-olumsuz bir kanaat edindiği ya da soruşturmayı gerektirir bir olaya rastladığı takdirde durumu Yüksek Kurula rapor etmelidir.

11- Yüksek Kurulun ilke kararları da yine üç bölümün toplanması ile alınmalıdır.

12- Yüksek Kurula seçilecek üyelerin 60 yaşına varmış olmaları koşul olmalıdır. Bunun hâkim güvencesi ve adalet örgütünün kalitesi yönünden ne kadar önemli bir koşul olduğu Yüksek Mahkeme mensuplarınca çok iyi takdir edilecektir.

13- Detaya dair düzenlemeler ilgili yasaya bırakılmalı, ancak yukarıdaki esaslar Anayasanın yeniden düzenlenecek 159. maddesinde yer almalıdır.

Ülkemizin koşullarına uygun bir yargıçlar kurulunun en ideal ölçüleri budur. Böyle bir kurul rasyonel şekilde, tarafsızlık ve bağımsızlık içinde çalışabilir ve hizmet verebilir. Ancak kurulun en uygun şekilde oluşumu bile Türkiye'de hakim ve savcı teminatını tam olarak sağlayamaz. Bunun, çok tartışmalara neden olacağını düşündüğüm halde olmazsa olmaz olarak gördüğüm şartı, coğrafi yer ve görev teminatıdır... Bu sistemin cumhuriyetimizin ilk yıllarında uygulanması adil değildi, çünkü o zaman İstanbul bir cennet, Pendik'ten ötesi de hep mahrumiyetti. Bugün küçük Anadolu ilçelerinde restoranlar karides sunabiliyor, 500 Sel Mercedes satılıyor ve bugün artık cehennem, büyük şehirlerdir... Bu konu en azından tekrar tartışmaya açılmalıdır.

Anayasa değişikliği zaman alacağından ve üzerinde konsensüs sağlanmaması güçlük arzettiğinden, mevcut teminatsızlığın sürgit devam etmemesi ve acil bir çözüm üretilmesi bakımından, "Anayasa Değişikliği Yapılmaksızın Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yargı Bağımsızlığı İlkesine Göre Teminatını Sağlayıcı Bir Çözüm Önerisi" olarak, Adalet Bakanlığı Müsteşarının isteği ile Yüksek Mahkeme üyeleri arasından atanmasını düşünüyorum ve bu konudaki çalışmamı -zaman olursa özetlemek üzere- belge olarak sunuyorum.

### III- ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ YAPILMAKSIZIN HAKİMLER VE SAVCILAR YÜKSEK KURULU'NUN YARGI BAĞIMSIZLIĞI İLKESİNE GÖRE TEMİNATINI SAĞLAYICI BİR ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Hakim teminatının sağlanması, hakimin, yürütme organının etkisinden kurtarılması anlamına gelmektedir. Bu anlamda hakim teminatı, hakimi değil, esas itibariyle vatandaşın yargı güvenliğini sağlamayı hedefleyen bir ilkedir. Bu ilke, hukukun üstünlüğünü sağlamada vazgeçilemeyecek ana prensiptir. Türk hukuk sistemine göre bağımsız mahkemeleri oluşturan hakim ve savcıların özlük işlerine bakmakla görevli ve yetkili olup Anayasanın 159. maddesi ile 2461 sayılı Kanunla oluşan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da temelde bu amaçla kurulmuştur. Zira hep biliyoruz ki özlük işleri bağımsız organlarca yürütülemeyen bir yargıcın teminatlı olması mümkün değildir. Ancak kurulun teşekkül tarzı, kamuoyunda bu bakımdan sürekli şekilde eleştiri konusu olmuş ve olmaya devam etmektedir. Bunun herkesçe bilinen başlıca nedeni, kurulda siyasi iktidarın unsurları olan bakan ve müsteşarın varlığının yargı bağımsızlığını zedelediği, devletin üç ana erkenden biri olan Yargının, diğer iki erk olan Yasa ve Yürütmenin müdahalesine ve güdümüne girdiği iddia ve endişesine dayanmaktadır.

Bu iddia ve endişenin doğru olup olmadığı, ne derece etkili olduğu Yüksek Kurulun ne şekilde oluşması gerektiği hususları sürekli olarak tartışılmakta ve çözüm önerileri üretilmektedir. “Düşünen Adam”daki önceki yazımızda biz de önerimizi belirtmiştik. Bu konuda şüphesiz eski uygulamaların deneyimlerinden, mukayeseli hukuktan ve sosyal ve siyasi yapımızın gerçeklerinden de yararlanılarak gereği değerlendirilecektir. Ancak bütün bunlar, anayasa değişikliği ile hayata geçirilmesi mümkün olabilecek öneri ve çalışmalarlardır. Anayasanın ise değiştirilmesindeki zorluklar ve Parlamentoda bir konsensus sağlanamadığı takdirde ne kadar çok zaman yitirileceği açıktır. Kaldı ki, siyasi iktidarın elinden, yine onların iradesi ile bir gücü almak gibi bir imkansızlıkla karşı karşıyayız. Öyle bir çözüm üretmeli ve öyle bir şey teklif etmeliyiz ki:

- a) Anayasa değişikliği gerekmesin,
- b) Siyasi iktidarın kabul edebileceği bir çare olsun
- c) Ve fakat yargı bağımsızlığını ve hakim teminatını bugünkünden çok daha büyük ölçüde sağlasın.

Bu nedenle biz, Anayasa değişikliğine gerek olmaksızın, Anayasanın 159. maddesi değiştirilinceye kadar, bu konuda alınması gereken çok önemli bir tedbirin ve çarenin var olduğunu ve siyasi iktidarın da buna sıcak bakabileceğini düşünüyoruz: Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 37 nci maddesine bir ibare eklenerek, Adalet Bakanlığı Müsteşarının, Yargıtay ve Danıştay Üyeleri arasından, -tabii kendi muvafakatı da alınarak- atanması halinde, Yüksek Kurulun şu anda mevcut teminatsızlığı ve Yargı bağımsızlığı bakımından güvensizliği, çok büyük ölçüde giderilecektir. Teklifimiz, tekrar ediyorum, Anayasanın 159 ncu maddesi değiştirilinceye kadar düşünülebilecek en iyi ve en etkili çaredir. Üstelik üzerinde siyasi mutabakat sağlanabilecek tek çaredir. Bunun nedenlerini şöyle sıralıyoruz:

1- Kurulun başkanı olan Adalet Bakanının mevcudiyetine çok fazla bir itiraz gelmemektedir. Düşünülen yeni oluşumların çoğunda da Adalet Bakanı şu ya da bu şekilde kurulun tamamında veya meselâ savcılarla ilgili bölümünde yer almaktadır. Esasen Bakanın kurul toplantılarına katılma mecburiyeti olmayıp, yerine çoğu zaman, teminatlı bir yüksek mahkeme hakimi olan yedek üye girmektedir. Bakan toplantıya katılsa dahi orada kullanacağı tek bir oyun bağımsızlığı zedeleyici bir etkisi olmamaktadır. Bakanın asıl gücü ve muhtemel etkileri, tabiri caizse işin mutfağında, yani bakanlık hazırlık çalışmalarında, kurul önüne getirilen taslakların ve önerilerin hazırlanmasındadır ki, bu yetkisini de genelde müsteşarı eliyle kullanmaktadır.

2- Adalet Bakanlığı Müsteşarı, hem kurulun vazgeçilmez doğal üyesi, hem de hakim ve savcılarla ilgili bütün önerileri hazırlayan, atama ve nakil taslakları çalışmalarına nezaret eden kişidir. Bu kişinin Bakana karşı çok teminatsız bir durumda olması, taşrada çalışan hakim ve savcılar için büyük tehlike teşkil eder ve yargı bağımsızlığını ciddi şekilde zedeler. Somut örnekler çok yaşanmaktadır. Müsteşarın, bu konularda Bakanın her emrini yerine getirmek zorunda olmasına karşı fren etkisi yapabilecek ciddi

bir teminatı yoktur. Her ne kadar yasada taşraya (mahkemelere) atanmayacağı belirtilmiş ise de, önce yüksek müşavirliğe atanıp oradan taşraya gönderilmesinde yasal bir engel mevcut değildir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarıyla sağlanmaya çalışılan güvenceler de kafi bulunmamaktadır. Zira bakanı tarafından istenmeyen bir müsteşarın bu şekilde göreve devam etmesi son derece güç ve yıpratıcı bir durum olduğu gibi, otomatik olarak bir yüksek mahkemeye seçilmesi de sözkonusu değildir. Kurul isterse seçer, istemezse seçmez. Kaldı ki seçimler de senede bir defa yapılmaktadır ve pasifize edilen veya kızağa çekilen bir müsteşarın aylar sonra yapılacak bir seçime güvenerek yargı için bir teminat olmaya devam edebilmesi çok zor bir hadisedir. Kaldı ki, müsteşar, seçilse dahi yüksek mahkemede kıdem kazanmış olmayacaktır. Bu bile teminatsızlıktır. Bütün bu güvensizlikler müsteşarı, yargı bağımsızlığı bakımından risk faktörü haline getirmektedir. Halbuki müsteşar bir Yargıtay veya Danıştay üyesi olsa, bu endişelerin hiçbirini yaşamayacak, Yüksek Kurulun çalışmalarında özgürce oyunu kullanabilecek ve herhangi bir baskı halinde, onurundan asla taviz vermeksizin asli ve eşiti görevine dönebilecektir (hakimlik veya yüksek müşavirlik onurlu görev değil midir şeklindeki düşünce demagoji olur: Elbette bütün hakimlik görevleri ve diğerleri onurlu yargı hizmetleridir. Ancak bu husus izafidir: Albaylık da çok şerefli bir rütbedir ama hiçbir generali albaylığa döndüremezsiniz- -indiremezsiniz demiyorum, bir kademeleşmeye girmek istemiyorum, fakat kamuda çalışma hayatının en basit ve vazgeçilmez psikolojik gerçeklerini de gözardı edemeyiz diyorum- ve kabul ettiremezsiniz).

3- Müsteşar, Yargıtay ve Danıştay üyesi olduğunda, sadece Bakana karşı değil, Yüksek Kurulun diğer üyelerine karşı da özgürce çalışabilecek ve oy kullanabilecektir. Bu da yargı bağımsızlığını sağlayacak bir başka faktördür. Zira müsteşar teşkilâtın içinden gelmiş, uzun yıllar taşrada başarılı şekilde hakimlik, savcılık veya adalet müfettişliği görevlerini yürütmüş, adli görevin şartlarını ve meslektaşlarının psikolojilerini çok iyi bilen, hatta belki, kurulun seçilmiş üyelerinden bile daha objektif ve isabetli kararlar verebilen kişidir. Ancak ileride Bakan tarafından istenmediğinde gidebileceği tek arzu edilir görev olan yüksek mahkeme üyeliğine kendisini seçecek olan diğer kurul üyeleriyle iyi geçinmek ve onlara ters düşmemek endişesi, oyunu etkileyebilecek, bu da yargı bağımsızlığını bir başka bi-

çimde yaralayacaktır. Böylece müsteşar, istikbâl endişesi içinde, bir yandan Bakana, diğer yandan Kurula ters düşmemek için itina ederken, hakkında karar verilecek hakim veya savcı için objektif bir oy kullanması, huzur içinde beklenilebilecek bir olay değildir. Halbuki müsteşar bir Yargıtay veya Danıştay üyesi olsa, hiçbir endişe taşımadan Yüksek Kurulda görev yapar ve oyunu özgürce kullanır. Bu da yargı bağımsızlığına ihtiyacı olan hakim ve savcıların ona olan güvenini artırır; teminatlı yargıçlar, adil kararlar verirler...

4- Böyle bir yasa değişikliği, bakan bakımından da bir çalışma rahatlığı sağlar: Bakan da, yürütme kuvvetinin bir unsuru olarak, anlayabileceği ve güvenilebileceği bir müsteşarla çalışmak ihtiyacındadır. Onun da böyle bir hakkı vardır. İki erkle ilgili bir olayı çözerken, iki erkin de ihtiyaçlarını gözönüne almak zorundayız. Bakanın, değiştirmekte büyük zorluklar çekeceğini bildiği, ha deyince Yargıtaya seçtiemediği bir müsteşara, birlikte çalışmak istemediği halde katlanmak zorunda kalması, idareyi zaafa uğratar, hizmeti aksatır. Bundan da yine Adalet Bakanlığının hizmet götürdüğü Adalet Teşkilatı zarar görür. Taraflardan birinin birlikte çalışma isteği sona erdiğinde müsteşarın kendiliğinden Yüksek Mahkemedeki aslî yargı görevine dönmesi, böyle bir yolun açık olması, bakanlıkta uyumlu ve huzurlu bir çalışma ortamı yaratır. Akla şu gelebilir ki, Adalet Bakanına müsteşarını Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından seçme mecburiyeti yükleyebilir miyiz? Elbette yükleyebiliriz: Nasıl ki vali olunmadan İçişleri Bakanlığı Müsteşarı, büyükelçi olunmadan Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı ve General-Amiral olunmadan Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarı olunamıyorsa (Görüldüğü gibi Yargı Bağımsızlığı gibi hukuksal ve anayasal bir sorunları olmamasına rağmen, devletin ana hizmet birimi olan bu bakanlıklarda dahi müsteşara, Adalet Bakanlığı müsteşarına tanınmayan bir görev teminatı sağlanmıştı; en azından mesela İçişleri Bakanlığı müsteşarı bakanıyla anlaşamadığında kaymakamlığa, Dışişleri Bakanlığı Müsteşarı örneğin ikinci katipliğe, Milli Savunma Bakanlığı müsteşarı da bölük komutanlığına gönderilemeyeceğini bilir ve bu huzurla çalışır, ama Adalet Bakanlığı müsteşarının –yüksek müşavirlik kanalıyla- bir sulh hakimliğine gönderilmesine yasal bir engel bulunmadığı gibi, fiili durumda da nereye gönderilebileceği belli değildir, geldiği göreve veya eşiti bir makama istese de dönemez...) yüksek mahkeme üyeliğine seçilmeden de,



yüksek mahkeme üyelerini seçen ve bütün yargı teşkilatını idare eden Adalet Bakanlığı müsteşarı olunamamalıdır. Adalet Bakanlığına getirilmiş olan zatın, Türk Yargı Sistemini bilen, çoğu yüksek yargıçları tanıyan, yüksek mahkemelerde dostları bulunan ve teşkilata yabancı olmayan mümtaz bir şahsiyet olması gerekir ve çoğu zaman da öyle olmuştur. Böyle bir zatın toplam sayısı 300'e varan Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından güvenebileceği, birlikte çalışma teklifini kabul ettirebileceği bir tek tanıdığıнын olmaması mümkün değildir. Zaten o takdirde atanan bakanda isabetsizlik olmuş olur ve bu dahî hükümeti kurmakla görevli zatın, Adalet Bakanını seçerken, -tıpkı Milli Savunma, Dışişleri gibi bakanları tercihinde bazı özel faktörleri gözönüne alması gibi- özel bir dikkat sarfetmesini gerektirir ve dolaylı yoldan yargıya yeni bir fayda daha sağlar.

5- Düşünülebilir ki, müsteşar Yargıtay ya da Danıştay üyesi olursa bakanı dinler mi, onun emirlerini yerine getirir mi, bakanlıkta iki başlılık olmaz mı, işler muntazam yürür mü? Hiç kimsenin şüphesi olmasın ki bu endişeler asla varit değildir. Kendi istek ve muvafakati ile müsteşarlık görevini kabul etmiş bir yüksek hakim, uzun yıllar hizmet verdiği mesleğine bir de bu sahada başarılı hizmetler vermek istemez mi? Belli bir yaşa gelmiş, kıdemini almış, mutluluğu mesleğinde bulmuş bir şahsın, belli bir devlet usul ve adabı dahilinde bu görevi bakanıyla uyum içinde götüreceği ve yürüteceği tabiidir. Ancak bakan kendisine yargı bağımsızlığını zedeleyici, Cumhuriyetin temel niteliklerine aykırı, idari görevlerde usul ve yasaya uymayan bir talimat vermesi halinde karşı çıkacaktır ki, zaten istenen de budur.

6- Başka bir endişe, bir yüksek mahkeme üyesinin Bakan emrinde görevlendirilmesinin yargı mesleğinin onuru açısından incitici olup olmayacağı hususudur. Bu, meslekî bakımdan çok tutucu bir görüş olur. Önce yasalara uygun her kamu görevi şerefli ve onurludur. İkinci olarak, halen de bu görevi birinci sınıf bir hakim yürütmektedir. Birinci sınıf bir hakimin müsteşarlık yapması -bırakalım müsteşarlığı, bakanlıkta herhangi bir mesleki görev yapması- hiç de incitici olmadığı, şimdiye kadar hiç böyle bir endişe öne sürülmediği ve böyle bir kırıklık yaşanmadığına göre, birinci sınıf bir yüksek hakimin -hem de şimdiki statüden farklı olarak tam bir teminat içinde ve bakanın her emrinin gözükapalı yerine getirmeye mahkum olmaksız-

zın- müsteşarlık yapmasının hiçbir incitici yönü olamaz. Üçüncü olarak düşünülmelidir ki bu yüksek yargıç -yani yüksek mahkeme üyesi- Adalet Bakanlığında herhangi bir idari göreve değil, bütün adli ve idari yargı teşkilatının adeta başı gibi olan müsteşarlık görevine getirilmektedir. Dördüncü olarak yüksek mahkemelerin görevde veya emekli başkanları ve başsavcılarının seçim dönemlerinde Adalet Bakanı olarak atanabildikleri, dolayısıyla başbakana bağlı oldukları yerde, üyelerinin de bakanın yardımcısı konumunda olan müsteşarlığa atanması, idarede muadelet ilkele-ri ölçüsünde normal bulunmaktadır. Beşinci olarak yüksek mahkeme üyeleri Başbakanlıkta müsteşar, müsteşar yardımcısı ve hatta başdanışman olabilmektedirler. Kendi bakanlıklarında müsteşar olmaları, -hem de anayasal bir yüksek kurulun üyeliği onurunu da üstlenerek- daha tabii değil midir?

Ben meseleye hiçbir zaman onursal açıdan bakamıyorum ve yargı bakımından incitcilik vasfı görmüyorum. Ancak eğer böyle bir düşüncenin çok üzerinde durulacak olursa, şimdiki durumun, yüksek mahkemeler açısından, kendi üyesinin müsteşar olmasından daha incitici bir tablo arz ettiğini de belirtmek isterim:

a) Yargıtay üyeliğine seçilmemiş ve yüksek hakim olmayan müsteşar, Yargıtay ve Danıştay'a üye seçmektedir, Yargıtay Başkanının dahi haberi olmaksızın... (Halbuki meselâ bir Yargıtay üyesi müsteşarlığa atanırken 1. Başkanlık Kurulundan izin alınması gibi bir usûl de getirilerek, yüksek mahkeme, bakana karşı daha bir prestije kavuşturulabilir).

b) Müsteşar Yüksek Kurulun tabii üyesi olduğundan imza sırasında ve protokolde (hepsi Yargıtay ve Danıştay üyesi olan) H.S.Y.K.'nun yedek üyelerinin önünde yer almaktadır. Genel devlet protokolünde de müsteşar, yüksek mahkeme üyesi olmadığı halde, yüksek mahkemelerin değil üyelerinden, daire başkanlarından bile öndedir.

c) Yargıtay'ın parası bittiğinde kendisinden yardım istenilen kişi, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfının Başkanı olan, fakat henüz Yargıtay üyesi bulunmayan müsteşardır. Yargıtay yargısal denetimini yaptığı, içinden geldiği, bu nedenle içiçe olduğu ve üstü, büyüğü konumunda bulunduğu

taşra teşkilatının bir sorununu dile getirmek, bir isteğini iletmek istese gidip başvuracağı kişi de müsteşardır.

Yani şimdi bütün bunlar Yargıtay ve Danıştay için incitici olmuyor da, kendi üyelerinden birinin bütün taşra teşkilatının başına geçerek Adalet Bakanlığı Müsteşarlığına atanmasında ve yasalar çerçevesinde bakan emrinde –onun yardımcısı sıfatıyla- çalışması mı incitici oluyor?

7- Bir başka endişe de, böyle bir düzenleme halinde tarafsızlıkları esas olan yüksek mahkeme üyelerinin Adalet Bakanı olan veya olması muhtemel şahsa müracaatla bu göreve gelmek isteyerek politize olabilecekleridir. Fakat şu andaki müsteşar da tarafsızlığı esas olan bir hakimdir. Üstelik bir de yüksek mahkemeye seçilmek için adaydır. Eğer politize olmak sözkonusu ise, bu endişe şimdiki durumda daha çok varit olmalıdır. Diğer yandan, yaşını-başını almış, mesleki onurunu kanıtlamış, kariyerinin sonuna kavuşmuş bir yüksek yargıcın, politikacılarla ilişkilerinde –müsteşarlık arzu etse bile- belli bir seviyeyi muhafaza edeceği ve yargının ve mensup olduğu yüksek mahkemelerin onurunu koruyacağı şüphesizdir. Zaten yüksek mahkemeler de bu konuda mensuplarının davranışlarını titizlikle değerlendirirler ve çok hassastırlar. Esasen bunu biz düşünüyoruz, bizim dışımızda hiç kimse hakkımızda böyle bir şüpheye düşmüyor. Fakat, aman siyasete bulaşmayalım diye, hakim politikacıyla hiç konuşmasın, selam dahi alıp-vermesin, devletin hiçbir yüksek görevinde kendisinden yararlanılmasın şeklinde katı ve çağdışı bir düşünceyi artık terketmek zorundayız, istesek de, istemesek de. İşte bunun en yakın ve en belirgin örneği: Bir yüksek mahkeme başkanı Cumhurbaşkanımız oldu, bu da Türk Yargısı için bir onur değil midir? Dünya yeni bir bin yıla giriyor (henüz girmedi, biz şu anda 20 nci yüzyılın ve ikinci bin yılın son yılını yaşıyoruz. 21 nci yüzyıla ve yeni bin yıla 01.01.2001 günü gireceğiz, sabırsızlık ve erken kutlama, tarihi ve matematiği değiştirmez) insanlar, kim olurlarsa olsunlar, hangi meslek, kariyer ya da erkten bulunursa bulunsunlar, birbirlerini tanımak istiyorlar, birbirleriyle temasa geçiyorlar, birbirlerinin mesleğini öğrenmek istiyor, birbirlerinin işlevine ilgi duyuyorlar. Yeni ufuklara açılmak istiyor, yeni bir dünyanın sınırlarını zorluyorlar. Dünyanın birçok medenî ülkesinde yıllardan beri hakimler seçimle göreve geliyorlar. Milletvekili seçilir gibi propagandalar düzenleniyor. Bu ülkelerde hukuk, ada-

let yok mu? Elbette bir yüksek yargıcın da milletvekili arkadaşı, bakan arkadaşı olacak, biri yargı, öteki yasama yada yürütme erkini yürütürken birbirlerine yardımcı olabilecek, Anayasada yazılı olan kuvvetler arasında işbirliği öngörüsü, kişiler bazında gerçekleşecek ve bir bakanla bir yüksek yargıç, adalet hizmetlerinde birlikte çalışmak isteyebileceklerdir. Bunları önleyemeyiz, önlemeye kalkışımız da bir yasakçı zihniyet olur. Yargı bağımsızlığı sloganı arkasına geçerek, biraz kaprise dayanan yasakçı bir düşünüş.

Esasen bunlar çok ekstrem endişelerdir ve asıl hedefimiz, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun, yargı bağımsızlığı açısından sakıncalarını gidermek, mevcut Anayasa ve siyasi ve sosyal realiteler çerçevesinde, mümkün olduğunca teminat sağlamaktır. Bunun da tek bir yolu, Kurulun doğal üyesi bulunan ve her toplantısına bizzat katılması zorunlu olan müsteşarı, yüksek mahkeme üyeliği sıfat ve teminatına kavuşturmadır.

Bitirirken, bu konuda tamamlayıcı önerim, işbu yasal düzenleme yapılırken, müsteşarlığa atanmak için yüksek mahkeme üyeliğinde 3-4 yıl gibi belli bir kıdem şartının da konulmasıdır. Böylece, bakanın, müsteşar yapmak istediği hakimi önce yüksek mahkemeye seçtirmeye çalışması gibi bir olumsuzluğa da meydan verilmemiş olunur (Nitekim bir kişi vali olur olmaz İçişleri Müsteşarı yapılamaz, valilikte belli bir kıdem aranır. Milli Savunma Bakanlığı Müsteşarlığının fiili kadrosu da, yeni bir general değil, korgeneraldir.).

#### IV- SAVUNMANIN BAĞIMSIZ ÖRGÜTLENMESİ

Anayasanın 36. maddesi "herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" ilkesini belirtmektedir. Bu hak, kişilerce bizzat kullanılabilirliği gibi, hukukun temel kuralı ve yürürlükteki mevzuatın gereği olarak, avukatlarca da kullanılabilir. Fakat avukatlık görevi, 1136 Sayılı Avukatlık Yasasının 1. maddesinde de belirtildiği gibi, basit bir vekalet ilişkisi ve yetkisinden çok daha fazla ve farklı olarak, bir kamu hizmeti niteliğinde, yargının bir ana unsuru halinde ve bir yerde müvekkilden bile bağımsız biçimde kutsal bir adalet görevi olarak icra edilmektedir. Gönül isterdi ki Anayasa, avukatlık mesleğini ve onun organize ku-

ruşları olan barolarla Türkiye Barolar Birliğini diğer “kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları”ndan (m. 135) farklı olarak, yargı bölümünde hukuk devleti olmanın vazgeçilmez bir şartı halinde kişilerin hak arama özgürlüğünü pekiştiren kutsal işlevini ayrıca tebarüz ettirerek ansın. Bu yapılmamıştır. Bu Anayasa eksikliği mutlaka giderilmelidir. Çünkü barolar ve onların üst kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği, devletin hukuki temeline ve insan hak ve hürriyetlerine dair önemli güvencelerden birisidir.

Bu yapılmamakla kalınmamış, Yasa, disiplin işlemlerinde, soruşturma izinlerinde, uluslararası toplantı ve kongrelere katılmalarda ve idari ve mâli denetimlerde baroları Adalet Bakanlığının vesayeti altına sokmuştur.

Adalet Bakanlığına bağlı bir avukatlık mesleği, demokratik bir hukuk devletinde düşünülemez. Elbette herkes ve her kuruluş yasalara uymak zorundadır ve uyulmaması halinin bir denetimi ve müeyyidesi olacaktır. Fakat bu denetim yargı bağımsızlığı felsefesine uygun şekilde, mesleğin üst kuruluşlarınca yapılmalı, soruşturma izinleri barolarca verilmeli ve Adalet Bakanlığı bu konuda, tıpkı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu için öngördüğümüz gibi, devletin ve hükümetin adalet politikasını saptayıp yürütmek ve adaletin işleyişini gözetmekle yükümlü bir bakanlık olarak, sadece savcılık görevi yapmalıdır. Yani avukatlar, barolar ve avukatlık mesleği ile ilgili başvurularını yapmalı, verilen kararları uygun görmezse itirazda bulunmalı; ancak bu taleplerini yargı yerlerinde takip etmelidir, kendisi yargıç olarak son kararı verirse, savunma görevinin bağımsızlığından söz edilmesi güçleşir.

Saygılarımla.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Uğur İbrahimhakkıoğlu'na, sunduğu bu tebliğ için çok teşekkür ediyorum.

Buyurun Sayın Özgen.

---

## Av. Eralp Özgen

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sayın Başkan, değerli izleyenler; hepinize saygılarımı sunuyorum.

Yargı bağımsızlığı, kuşkusuz çok önemli ve günümüzde artık mutlaka gerçekleştirilmesi gereken bir unsurdur. Büyük Atatürk'ün bir sözü var "yargısı bağımsız olmayan bir ülkenin siyasi bağımsızlığı dahi kuşkuludur" diyor; evet, yargı bağımsızlığı bu derece önemlidir. Yargı bağımsızlığının neden önemli olup olmadığını Sayın İbrahimhakkioğlu burada vurguladı. Onlara girmeden vakit nedeniyle başka bir noktaya gelmek istiyorum. Yargı bağımsızlığının kapsamı nedir? Her şeyden önce şunu sanıyorum belirlememiz lazım: Yargı 3 ögeden oluşur; sav (iddia) savunma ve karar. Eğer bu 3 ögeden biri dahi bağımsız değilse, eğer bu 3 ögeden biri yana itiliyorsa, bu takdirde yargı bağımsızlığının sağlandığını söylememize olanak yoktur. İster hukuk, ister ceza muhakemesi olsun hepinizin bildiği gibi bir tez ortaya konulacaktır, karşı taraf yine tam serbest bir şekilde antitezi ortaya koyabilecek ve ondan sonra da yargıç, bu tez ve antitezden bir senteze ulaşabilecektir. Sentezin doğru olabilmesi, hakikate erişilebilmesi için mutlaka tez ve antitezin serbestçe ileriye sürülebilmesi gerekir.

Ben, müsaadenizle konuyu önce ikiye ayırarak, birincisini biraz daha kısa geçeceğim; çünkü İbrahimhakkioğlu ondan söz etti, esas ikincisi üzerinde duracağım. Birincisi yargıç ve savcıların bağımsızlığı sorunu, ikincisi ise avukatların bağımsızlığı sorunudur. Anayasamız 9. Maddesinde "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" dedikten sonra 138. Maddesinde de bu bağımsızlığı sağlayabilmek için yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını ve Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre hüküm vereceklerini belirtmiştir.

"Savcı ve yargıç bağımsızlığı" dediğimizde hangi bağımsızlıklar söz konusudur? Birinci, olarak söz konusu olacak olan mutlaka Yasama Organına karşı bağımsızlıktır. Bu, belki en zor anlaşılan bir bağımsızlık şeklidir; çünkü yargıçlar aslında yasama organının iradesi, yani yasama organının yaptığı yasalarla bağlı olmak durumundadırlar. Ama biraz önce okudu-

ğum 138. Maddede de belirtildiği gibi yargıçlar sadece Anayasaya veya yasa-ya göre değil hukuka uygun karar vermek mecburiyetindedir. Demek ki Anayasamız dahi yasaların ve Anayasanın üzerinde, daha değerli, daha geçerli birtakım hukuk normlarının olduğunu kabul etmiş. Bunun çok güzel bir örneğini de, 70'li yıllarda Anayasa Mahkememiz vermiş idi. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa ek 2. Madde olarak ilave edilen ve o vakit Anayasamızda mevcut olmayan "berayi zimmet asıldır" ilkesi; yani suçsuzluk karinesi o vakit Anayasamızda yoktu. Ama Anayasa Mahkememiz, bir suçluluk karinesi getiren ve bireye aksini ispat yükümlülüğü getiren ek 2. Maddeyi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olduğu iptal etmiştir. Demek ki mahkemelerimiz; sadece kanun ve Anayasa ile değil, Anayasanın da üstünde, hukuk normlarıyla bağlı olacaktır.

Yasamaya karşı bağımsızlıkta bir de dikkat edilmesi gereken nokta yasalar mutlaka soyut ve genel olmalıdır. Soyut ve genel olmayan, diğer bir deyişle bir yargılama makamında görülmekte olan bir davayı etkilemek amacıyla Parlamento bir yasa çıkaracak olursa, bu takdirde ne olmuş oluyor? O gördüğü davada yargıca "bu davayı şu şekilde hallet" diye âdeta talimat vermiş oluyor; bu da bağımsızlık ilkesine tamamen aykırıdır. Yine 138. Maddenin son fıkrasında, hepinizin bildiği gibi, yasama organına karşı bağımsızlığı sağlayabilmek amacıyla Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılmasıyla ilgili soru sorulamayacağını, görüşme yapılamayacağını, beyanda bulunamayacağını da hükme bağlamıştır.

En kolay anlaşılan; fakat en zor sağlanan yürütmeye karşı bağımsız konusuna geliyoruz. Evet, en kolay anlaşılan. Hakikaten hiç kimse kalkıp da "yargıçlar, savcılar yürütmeye bağlı olsun" demez; ama uygulamada da en zor sağlanabilen bu. Her şeyden önce, bunun yürütmeye karşı bağımsızlığın sağlanabilmesi için, yargıçların görevlendirilmesinde yürütmenin hiçbir rolünün olmaması gerekir. Oysa 1982 Anayasamıza göre 146. Maddede Anayasa Mahkemesi üyelerini, çeşitli kurumlarının gösterdiği 3'er aday arasından seçme yetkisi Cumhurbaşkanına verilmiştir. Keza Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısını seçme yetkisi, Danıştay üyelerinin 4/1'ini seçme yetkisi ve yine Danıştay ve Yargıtay Genel Kurullarının göstereceği 3'er aday arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyelerini seçme yetkisi cumhurbaşkanlığına verilmiştir. Cumhurbaşkanı kimdir? Ana-

yasamıza göre yürütmenin başıdır. O halde, Cumhurbaşkanına bu yetkilerin tanınması yürütmenin hâkim, yargıç atamasında etkili olmasına neden olmaktadır. Sadece Adalet Bakanı değil, Adalet Bakanı da yürütme kuvvetinin, yürütmenin bir organıdır; ama yürütmenin başı, Anayasamıza göre Cumhurbaşkanındır. O halde, bu yükümler nedeniyle yürütme, yine bağımsızlığı zedelemektedir.

Hâkimler, Savcılar Yüksek Kurulundan bahsettik; hemen bu Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna geliyorum. Anayasamıza göre bu kurul, yargıç güvencesini sağlamak amacıyla kurulmuştur. Yargı bağımsızlığını inceleyen yargıç güvencesinin çok önemli olduğunu unutmamamız gerekir. Aslında bu bir yargıcının kişilik sorunudur. Herhangi bir etkide kalmaması, herhangi bir yasadışı taleplere karşı direnebilmesi kuşkusuz bir kişilik sorunudur; ama binlerce yargıç olduğunu, binlerce savcı olduğunu düşünün. Bunların da birer insan olduğunu hiçbir zaman unutmamamız lazım. O halde, her insanda mevcut olabilen birtakım endişeleri, yargıç ve savcılarının da taşınması son derece insanidir ve doğaldır; bunu unutmamamız gerekir. Bu nedenle, yargıcın tam bağımsız hareket edebilmesi için, özellikle özlük hakları açısından yürütme organına karşı bağımsızlığının sağlanması gerekir. Bu amaçla Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kurulmuştur. Günümüzdeki Anayasamıza göre bunun başkanı Adalet Bakanı ve üyesi de Adalet Bakanlığı Müsteşarı; yani bakana hiyerarşik bağlı olan bir kişidir. Çeşitli konuşmalarımızda, Barolar Birliğinin benden önceki başkanlarının yaptığı konuşmalarda da hep bunun karşısına çıktık ve mutlaka Adalet Bakanıyla müsteşarın bu kurumdan çıkması, çıkarılması gerektiğini savunduk; aynı fikri burada savunuyorum.

Sayın İbrahimhakkıoğlu, onun yerine bunun başkanının Cumhurbaşkanı olmasını önerdi; ama ben bu öneriye de biraz önce söylediğim gerekçeyle katılamıyorum. Çünkü Adalet Bakanı nasıl bir yürütme organı üyesiye Cumhurbaşkanı da yine yürütme organının başıdır ve aynı sakınca ortaya çıkacaktır. Yürütme organının başı hâkimleri atayan, hâkimleri nakleden, çeşitli yerlere tayin eden bir kurulun başkanı haline gelecektir.

İkinci çok önemli nokta, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun, yine Sayın İbrahimhakkıoğlu'nun bahsettiği üzere Personel Müdürlüğünün ve Teftiş Kurulunun bulunmamasıdır. Personel Müdürlüğü Adalet Bakanlığında;



yani Adalet Bakanının emrinde bir kurul. Ne yapıyor? 1 000-1 200- 1 500 kişilik liste hazırlıyor. Hâkimler, Savcılar Yüksek Kurulu da bunu 3-4 gün içinde inceleyip sonuna bağlamak durumunda. Bu liseyi adam gibi incelemeye imkânı var mı? Olanak yok. Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun Teftiş Kurulu yok. Ne oluyor? Adalet Bakanı, müfettişlerini istediği gibi tayin ettiğine göre müfettişini yolluyor ve belki hayali olmamıştır; ama olma olasılığı vardır “olumsuz rapor getir” diye müfettişe talimat veriyor ve Hâkimler, Savcılar Yüksek Kurulu gelen bu rapor üzerine karar veriyor. Bu şekilde bağımsızlığı sağlamaya olanak yoktur. O halde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun kendi Personel Müdürlüğü ve kendisine bağlı Teftiş Kurulunun mutlaka kurulması lazım.

Burada üzerinde durmak istediğim bir nokta da, mesleğe alınmada uygulanan yöntemdir. Anayasamızın 146. Maddesine “adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının mesleğe kabul etme yetkisi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulundadır” diyor; ama uygulamada böyle olmuyor. Önce ÖSYM’de yazılı bir sınav yapılıyor. Ondan sonra hâkimliğe kabulde Adalet Bakanlığı “mülakat” adı altında -çünkü ondan sonra mülakat olunca bir yazılı belge, bir delil de yok- bir sınav yapıyor ve bu mülakatta pek çoğunu eliyor. Vaktiyle bize çok müracaatlar oldu. Yazılıda 100 üzerinden 95, 97 alanlar çeşitli nedenlerle 20 saniye, 40 saniye süren mülakatlarda elendiler. O halde, yargıçların daha işe başlamasında bir siyasi etki söz konusu olabilmektedir; bunun da mutlaka değiştirilmesi lazım.

Bir diğer nokta belki çoğumuzca çok önemli görülmebilir; ama önemli. Ceza Muhakemeleri Usulü Yasamıza göre, hepinizin bildiği gibi Adalet Bakanının cumhuriyet savcılarına “dava aç” diye emir verme yetkisi var. Bir kimse hakkında dava açılması önemli bir olaydır; çünkü o kişiyi aleni duruşmaya yolluyorsunuz, tüm kamuoyuna sanık diye teşhir ediyorsunuz. Böylece o kişi sonunda beraat etse dahi lekeleniyor, pek çok kafada “canım herhalde idare etti de beraat etti” şeklinde kuşkular bırakabiliyor. O halde, Adalet Bakanının bu yetkisinin de olmaması lazım; çünkü zaten savcılarının takipsizlik kararına karşı gidilecek yol var. Yargıca; en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına itiraz da ediliyor. Bir yargıç dosyayı inceleyip karar verebiliyor. O halde hâlâ Adalet Bakanına “dava aç” emri vermenin anlamı ne olabilir?

Üçüncü bağımsızlık şekli muhite karşı bağımsızlıktır; bu da çok önemlidir. Bir yargıcın muhit etkisinden uzak kalabilmesi gerekir. Kuşkusuz burada yasalarla pek fazla bir şey elde edilmez; çünkü burada en önemli olan husus, yargıcın kişiliği konusudur. Ancak belki yasalarla yapılabilecek şey, yazılı ve görsel basında, biraz önce Sayın Yekta Güngör Özden'in de belirttiği üzere kişileri suçlayıcı, kişileri âdeta yargılayıcı ve kişileri kamuoyuna suçlu diye takdim edici yayınlarla ilgilidir. Aslında Basın Kanunumuzda yazılı basın açısından buna engel bir hüküm var. Görülmekte olan bir ceza davasında mütalâa neşri basın açısından yasaktır. Hazırlık soruşturmasında elde edilen belgelerin, ifadelerin duruşmada okunmasından önce yayınlanması yasaktır ve bu yasakların ceza yaptırımları var; ama ülkemizde, hele son zamanlarda görüyorsunuz, emniyetteki ifadelerin daha duruşma başlamadan, duruşma başlamadan bir yana dava açılmadan gazetelerde boy boy yayınlandığını görüyoruz. Nedendir bilemem; ama savcılarımız, Basın Kanununun bu maddesinin uygulamak için en ufak bir şekilde harekete geçmiyorlar.

Radio ve televizyona gelelim. Günümüzde radyo ve televizyonunu etkisi çok açıktır; bunlar açık bir beyin yıkama makinesidir. Fakat ne yazık ki radyo ve televizyonla ilgili yasada bunu yasaklayıcı bir hükme yer verilmemiş. O halde, bu hukuki eksikliğin de önlenmesi gerekir.

Yargı bağımsızlığının sağlanabilmesi için diğer bir nokta şudur: Yargı kararlarına yasamanın, idarenin mutlaka uyması lazım. Eğer özellikle idari davalarda, idare mahkemelerinin verdiği davalarda bu kararlara uyulmayacaksa niye yargılama yapıyoruz? Yargı kararlarına uyulma mecburiyeti, yine Anayasamızda hükme bağlanmış; ama yine idari davalarda görüyoruz ki, Sayın Özden'in de belirttiği gibi, uymuş gözüküyor; ama 2 gün sonra o hukuka aykırı bulunan işlemler yeniliyor.

Son olarak Sayın İbrahimhakkıoğlu'nun ortaya attığı, önerdiği bir husus var. O konuda ben bugüne kadar pek düşünmemiştir; mali özerklik konusu. Bunun hiç olmazsa tartışmaya değer olduğunu kabul ediyorum.

Avukatların bağımsızlığına gelince -bu bizim mesleğimiz açısından da çok önemli- ne yazık ki toplumumuzun savunmaya bakış açısı son derece hatalıdır. Sadece "toplumumuzun" dememiz belki yanlış. Toplumumuzun

içine onlar da dahil; ama siyasilerimizin bakış açısı yanlış, bürokratlarımızın bakış açısı yanlıştır. Konuşmamın başında yargı 3 öğeden oluşur diye belirttim; ama ne yazık ki ne siyasilerimiz, ne bürokratlarımız yargının üçüncü öğesi olan savunmayı hiçbir zaman yargı içinde kabul etmiyorlar. Yargıçların da bir kısmı maalesef öyle “çoğu” demeyeyim de hiç olmazsa bir kısmı. Bu nedenledir ki savunma ikinci sınıf bir hukuki işlem olarak görülüyor; bu son derece yanlıştır. Avukatlık Kanununun aksine başka bir hüküm taşıyor “avukatlara karşı yapılan tecavüzler, fiiller hâkimlere karşı işlenmiş sayılarak aynı hükümler uygulanır” demek ki bir kanun maddemiz avukatla hâkimi aynı statüde kabul ediyor; ama ne yazık ki uygulamada buna pek rastlayamıyoruz. Bu düşünce hakim olmadıkça; yargının 3 unsurdan oluştuğu kabul edilmedikçe, ülkemizde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin istediği anlamda adil bir yargılamanın mevcut olduğunu kabul etmeye olanak yoktur.

Yapılan yargılamalar hiçbir zaman adil değildir. Uygulamada görüyoruz; savcıyla hâkim aynı statüde oturuyor. Oysa savcı sadece bir taraf; iddiayı, tezi ileri süren taraf, müdafî de antitezi ileri süren taraf. O halde, aynen Anglosakson sisteminde olduğu gibi ikisi de aynı seviyede oturmalıdır. Üçlü oturunca, yine uygulamada görüyoruz, hâkimle savcı çoğu zaman aleniyet kuralını da ihlal ederek fısır fısır fısıldaşıyorlar. Ne konuştuklarını bilmiyoruz. Acaba verilecek kararlar ilgili birtakım oluşumlar mı yapıyorlar? Ondan bir daha öteye gidiyorum; karar için özellikle çok hâkimli heyetlerde salon boşaltılıyor. Sanık dışarıya, müdafî dışarıya; ama savcı bey içeride oturuyor. Oysa Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda “kararın oluşmasına ancak karara varacak olan hâkimler katılabilir” diye çok açık hüküm var. Bu durumda biraz da meslektaşlarımıza bir görev düşüyor. Bu durumlarda bir tutanakla bunu saptayıp, bunu temyiz nedeni olarak ileri sürmeleri lazım.

Ayrıca savunmanın hâlâ yargının bir öğesi olarak kabul edilmediğinin resmi bir belgesi de bu sene başında ortaya çıktı. Hepinizin bildiği gibi bir üçlü protokol; yani Adalet, İçişleri ve Sağlık Bakanlıklarının çıkardığı cezaevlerine girişi düzenleyen bir protokol yapıldı. Hâkimler, savcılar cezaevine girerken aranmayacaklar; ama avukatlar hem duyarlı kapıdan geçecek, hem üstleri fiziki aramaya tabi tutulacak. Nerede o vakit hâkimle

savcıyla avukat arasındaki birliktelik, aynı yargının unsuru olmaları. Ne yazık ki bu üçlü protokolde bir düzeltme de yapılamadı.

Avukatın bağımsızlığının bir diğer unsuru bence geçinebilme garantisine de sahip olması lazımdır. 1998 yılında kaldırılan hayat standardı esası, ne yazık ki birkaç ay önce yeniden getirildi. Meslektaşlarımız, kazanmadığı gelirin vergisini ödemek durumunda bırakıldı. Avukatların emekliliği ise tek kelimeyle içler acısı. Alınan ücret, fakirlik sınırı olarak resmen ilan edilen sınırın altında, neredeyse yarısında. Bütün bunlar düzeltilmedikçe mesleğin onura kavuşmasına olanak yok.

Son olarak bir noktayı daha belirtmek istiyorum. Savunmanı başlayacağı emniyette gözaltına alınanla görüşme hakkı, orada ifadede bulunma hakkı vesaire gibi mevzular kabul edildi. Aslında o yasa taslağının ilk yazımını yapan kişi olarak burada iki noktayı belirtmek istiyorum. Biz aslında o vakit bir zaruri müdafiliği getirmek istiyorduk; ama ne yazık ki Türkiye o zaman buna hazır değildi. Emniyette avukatın hazır bulunmasını bile bir adım saydık ve onu yaptık. Sadece istisnai bazı durumlar; 18 yaşından küçükler, bir maluliyet nedeniyle kendini savunamayacak durumda olan kişiler falan hakkında zorunlu müdafilik geldi. Sanıyorum artık ülkemizin zorunlu müdafiliği kabul aşamasına gelmesi lazımdır. Hiçbir kimse bir ceza davasında, yanında hukuki bilgisinden yardım alacağı kişi olmadan yargılanmamalıdır.

Son olarak belirtmek istediğim diğer bir husus da yine 1992 değişikliği, hepinizin bildiği gibi Parlamentodan geçti; fakat sonra devrin Cumhurbaşkanı Turgut Özal veto etti, tekrar Parlamenteoya döndü ve çok önemli bir değişiklik yapıldı. Örneğin, demin söylediğim emniyette isnat olunan kişiyle, hakkında bir suç iddiasında bulunulan kişi ile müdafinin görüşme imkânı devlet güvenlik mahkemeleri açısından kaldırıldı. Ülkemizde öyle bir şey oldu ki bir ucube yarattık. Şöyle bir ucube: Birtakım yeni kanun hükümleri var; adli mahkemelerde uygulanıyor, ama devlet güvenlikte haşa. Devlet güvenlikte ise öbür mahkemeler açısından yürürlükten kalkmış, artık yürürlükte olmayan hüküm uygulanıyor. Böyle bir ucube-yi benim aklım almıyor. Artık bu farklı uygulamayı mahkemenin adına göre değişik uygulamayı da düzeltmemiz ve 1992 değişikliklerinin tamamını da aynen DGM'lerde de uygulamamız gerektiğine inanıyorum.

Benim dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.  
(Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim Sayın Eralp Özgen.

İki tane soru var. Bu iki soruyu bilgilerinize sunacağım. Aslında sorulara bu konuşmalar sırasında temas da edildi.

*“Sayın Uğur İbrahimhakkıoğlu, Görülmekte olan ceza davalarında ara kararları verileceği sırada cumhuriyet savcuları ve yargıçlar âdeta birleşmekte ve savunma makamını dışlamaktadırlar. Yargı sistemimizde savunmanın, üç sacayağından biri olarak düşünülmesi karşısında uygulamada yerleşik hale getirilen bu durumu nasıl değerlendiriyorsunuz, bunu yargı bağımsızlığıyla bağdaştırıyor musunuz? Şayet bağdaştırmıyorsanız ne yapılmasını öneriyorsunuz?”*

## Dr. Uğur İbrahimhakkıoğlu

---

Yargıtay Genel Sekreteri

Tek hâkimli mahkemelerde ara kararı verilirken veya başka bir sebeple savcının dışarı çıkmasını gerektiren hiçbir durum yok; çünkü hâkim kendi kendisiyle sesli konuşamayacağına göre, bir müzakere de söz konusu olmayacağına göre savcı şekilde dışarıya çıkmaya icbar edilemez; ama müctebi bir mahkemede, bir ağır ceza mahkemesinde, bir devlet güvenlik mahkemesinde başkan ve üyeler müzakere edeceklerdir. O sebeple, savcının mesleki nezaket uyarınca orada onları baş başa bırakıp, ara kararı verilirken dışarıya çıkması gerekir. Kurallarımız da, tatbikatımız da bu; ama bu tatbikata uyulmuyorsa bu gerçekten üzücü bir olaydır. Onun yolunu da Sayın Barolar Birliği Başkanımız belirttiler.

Teşekkür ederim, sağ olun.

---

## Av. Eralp Özgen

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Bana bir soru var.

*“Yüksek Hâkimler ve Savcılar Kurulunun kararları aleyhine yargı yoluna gidilmesi konusunda ne düşünüyorsunuz?”*

*Saygılarımla,  
Avukat Suha Özen”*

Anayasamız nasıl “idaresinin bütün kararların yargı yoluna tabidir” dediğine göre bu kararlar da bir idari merciden verildiğine göre yargı yoluna tabi olması gerekir. Esasen Barolar Birliğimiz de bu konuda karar almıştır ve bu konuyu savunmaktadır.

Teşekkür ederim.

## Oturum Başkanı

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Stajyer bir arkadaşımızın herhalde bir soru var. İsmi falan da yazmamış. Bu soruya cevap vermek istiyorsanız...

## Av. Eralp Özgen

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

*“Avukatın geçinebilmesi belli geliri garanti altına alınmalı. Aksi halde avukatlık mesleğinin onuruyla bağdaşmaz deniliyor. Avukat stajyerliği*

*İçin ise 1 yıl gibi uzun süre en küçük bir maddi olanak sağlanmadığı halde, başka bir yerden aldığı ücret gerekçe gösterilerek staj iptal edilir. Stajın fiilen yapılıp yapılmadığının hiç önemi yoktur. Bu noktada bir Anayasa aykırılık var mıdır?*

*Saygılarımla”*

Efendim, hence başka bir yerde çalışıyor ise -bir ücret aldığına göre demek ki bir yerde çalışıyor- o vakit bu kişinin staj yapmadığı genellikle kabul edilir; çünkü başka yerde çalışan, oradan ücret alan kişi adliyedeki stajına devam edebilme durumunda değildir; ama bunu önlemek için şu anda Parlamentomuzda bulunan ve bugün yaptığımız temaslarda öğrendiğimize göre başta yedinci sıraya da gelmiş olan Avukatlık Yasasına hüküm getiriliyor. Stajyerlere bir burs verilecek efendim. Bu da böylece önlenmiş olacak.

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Avukat Noyan Özkan bey bir soru sormuşlar.

*“Avrupa Birliğine giriş sürecinde ulusal program hazırlanırken tespit ettiğiniz soruların çözümü için olumlu adımlar atılabilir mi? -temenni “inşallah” diyoruz- Avrupa Birliği müktesebatına uyumluluk gerçekten sağlanacak mı? -biz sağlanabileceği görüşündeyiz; bütün çalışmalarımız da bu yolda devam ediyor- Ulusal program taslağı Yargıtaya, Türkiye Barolar Birliğine geldi mi -programlar muntazaman Yargıtaya geliyor. Zannediyorum Barolar Birliğine de gelmiştir-*

*Saygılarımla”*

Oturumu kapatıyorum. Çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

### BİLDİRİ III

## "ANAYASA VE YÜKSEK MAHKEMELER"



#### Oturum Başkanı

**Prof. Dr. Zafer Gören** (Yüksek Öğretim Deneteme Kurulu Üyesi)

#### Sunuş

**Dr. Önder Ayhan** (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)

**Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu** (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

#### Tartışmacı

**Güven Dinçer** (Anayasa Mahkemesi Önceki Başkan Vekili)



**Prof. Dr. Zafer Gören****Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi**

Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım; Türkiye Barolar Birliğine Türk Anayasa Hukukuna büyük katkılar sağlayacak olan bu bilimsel etkinliği düzenlediği için teşekkür etmek istiyorum.

Uluslararası Hukuk Kurultayı 2001'in dördüncü gününde "Anayasa ve Yüksek Mahkemeler" başlıklı oturumun değerli konuşmacılarını davet etmek istiyorum. Sayın Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Sayın Dr. Önder Ayhan ve bu iki bildirin tartışmasını yapmak üzere Sayın Güven Dinçer.

Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım; yargı uyumsuzlukların çözümünde bağlayıcı ve kesin kararın hukuk vasıtasıyla verilmesi işlemidir. Yürütme gibi yargı da uyumsuzlukların çözümü için somutlaştırma yapma yetkisine sahip olmakla birlikte yürütmeden farklı olarak yargıda devlet istencinin gerçekleştirilmesi değil, hukukun geçerli kılınması, hukukun korunması ve somutlaştırma yoluyla hukukun gelişmesinin sağlanması söz konusudur. Hukuk devleti için bir anahtar işlevi gören yargı, aynı zamanda demokrasi ilkesinin de gerçekleşmesine hizmet eder; çünkü ulusal istenci bağlayıcı kılmak amacıyla yasamanın düzenli olarak çıkardığı yasalara uyulması yargıyla güvence altına alınmıştır. Yasama ve yürütme de şüphesiz hukuksal sorunlar konusunda karar verirler; ancak kararları gerçek bir otoriteye dayanmamaktadır. Çünkü onlar yargı kararı kaydı altındadırlar ve birinci derece hukukun korunmasına değil, ilgili organların uzmanlık görevlerinin ifasına hizmet ederler. Yargı ise, birinci derecede yine ölçülülük ilkesinin göz önünde tutulmasını gerektiren salt hukuk uğruna karar vermek zorundadır.

1982 Anayasası, üçüncü bölümünde yargı erkine yer vermiştir. Bu bölümün ikinci ana başlığını yüksek mahkemeler oluşturmaktadır. 1982 Anayasası da 1961 Anayasasında olduğu gibi mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin işleyiş ve yargılama usullerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi esaslarına göre yasayla düzenleneceği esasını benimsemekle birlikte bu kurullarla yetinmeyerek yüksek mahkemelere

ilişkin düzenlemeleri, belli konularda yasama organının takdirine bırakmamıştır. Böylece Anayasa birden çok yargı düzeni olduğunu ve bunların doruğunda yer alan yüksek mahkemeleri sayarak belirtmiştir. Yasama organının, Anayasada sayılanların dışında yüksek mahkeme kurma yetkisi yoktur.

Sözü, ilk konuşma sahibi Askeri Yargıtay Onursal Başkanı Sayın Dr. Önder Ayhan'a veriyorum. Sayın Önder Ayhan'ın sunacağı bildirisinin başlığını "Anayasa ve Yüksek Mahkemeler" oluşturmaktadır; ancak daha önce Sayın Dr. Önder Ayhan'ın kısa bir özgeçmişini okumak istiyorum. 1942 yılında Konya'nın Seydişehir İlçesinde doğdu. 1964-1965 öğrenim yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. Çeşitli askeri mahkemelerde hâkim ve adli müşaviri olarak ve askeri yargıda başsavcı yardımcısı olarak görevler yaptıktan sonra 1984 yılında Askeri Yargıtay Üyesi seçildi. 1994 yılına kadar 4. Daire Üyesi olarak ve keza iki dönem seçilmekle 8 yıl Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü Üyesi olarak görev yaptı. 1994'te generalliğe yükselerek Askeri Yargıtay Başsavcılığı, 1995 yılında da Askeri Yargıtay Başkanlığı görevine başladı. 1999 tarihinde bu görevinden emekliye ayrıldı. Bu süre içerisinde, 1977'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Borçlar Hukuku alanında yüksek lisans, 1987 tarihinde de yine aynı yerde Kamu Hukuku dalında doktorasını tamamladı. Sayın Dr. Önder Ayhan'ın çeşitli hukuk dallarında yayınlanmış 15 civarında eser ve incelemesi bulunmaktadır.

Sözü kendisine veriyorum; buyurun efendim.

## **Dr. Önder Ayhan**

**Askeri Yargıtay Onursal Başkanı**

## **ANAYASA VE YÜKSEK MAHKEMELER**

### **1- GİRİŞ:**

Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasalarımızın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri sayılırken, Türkiye Cumhuriyetinin "Demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti" olduğu belirtilmiş ve "hukuk devleti" ilkesinin

Cumhuriyet rejiminin temel nitelikleri arasında olduğu vurgulanmıştır. Aslında bu açıdan Batı demokrasilerini yakalamak istemesi ve bu doğrultuda getirdiği kurum ve kurallarla özgürlükler yönünden çok önemli bir belge olan 1961 Anayasasının özelliklerinden birisi de, “hukuk devleti” deyimine Anayasada yer vermiş olmasıdır. Zira hukuk devleti, demokrasi rejiminin ayrılmaz bir parçasıdır. Nitekim bu husus Anayasanın 2. maddesi gerekçesinde, “Türkiye Demokratik bir Cumhuriyettir, demokratik tabiri-ne aynı zamanda hukuk devleti prensiplerine riayet etme esası da dahildir.” denilmekte, 1982 Anayasası gerekçesinde de, “demokratik rejimin laiklik ve sosyal hukuk devleti ilkelerine dayandığı” açıklanmaktadır. Genellikle kabul edildiği gibi, demokratik hukuk devleti, 20. yüzyıl devlet düşüncesinin ve uygulamasının en önemli ürünlerinden birisidir. Aslında Batı demokrasilerinde 200 yıldır gerek normlar hiyerarşisi ve gerekse değişik ölçülerde uygulamaya geçilmiş olan “hukuk devleti” ilkesinin, çağdaş demokrasi esaslarına uygunluğu 1800’lü yılların başında ABD Yüksek Mahkemesinin def’i yolu ile, bir yasanın Anayasaya aykırılığında ötürü belirli bir uyuşmazlığa uygulanmamasını kabul etmesiyle ortaya çıkmıştır.

Avrupa’da ise, 19. yüzyılda herşeyden önce yasaların, mutlak ve yargı denetiminin dışında kaldığı bir üstünlüğünün kabulünün yanında, vatandaşın devlet egemenliği altında bulunmasının ayrıntılı olmamakla beraber yasalarla düzenlenmesi, keza idari eylemlerin yasal sınırlar içerisinde kalmasının yargısal denetim altında tutulma çabaları, fertlerin sadece devletin tebası değil, aynı zamanda devletin en önemli unsuru, vatandaş olarak görülmeye başlaması ve bireysel yararlar karşısında toplumsal yarar düşüncelerinin ortaya çıkması, “hukuk devleti” kavramı açısından önemli gelişmeler olarak görülebilir. Ancak bunların çağdaş demokrasi kurallarına aykırı olmaması ve bunlara uyum göstermesi ve nihayet yasama faaliyetlerinin de yargısal denetime tabi tutulması, 2. Dünya Savaşından sonra gerçekleştirilebilmiştir (1).

- (1) Dr. RUMPF Christion, Frankfurt Üniversitesi Öğretim Üyesi, Özgürlük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği. Anayasa Yargısı Dergisi 1993 Sh.25  
Prof. Dr. DURAN Lütüf, Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu. Anayasa Yargısı 1983 Sh.58

Çok net bir ifade ile, “yalnız yasama ve yürütme ile devlet kurulabilir ama insanca, giderek uygar bir devlet kurulamaz” (2) sözü ile vurgulanmak istenilen husus, “hukukun dediğinin yargı erkinin ve yargılama organlarının” varlığına olan ihtiyaçtır. Böylece, yargı fonksiyonunun toplum için yaşamsal önemi ve hukuk devletinin temel koşulları arasında oluşu öne çıkmaktadır. Zira yargı fonksiyonunun amacı hukuki düzenin korunması ve gerçekleştirilmesidir .

Bizim Anayasamıza dönersek bu niteliklere sahip bir devletin oluşumunun göstergesi olan egemenlik hakkının kayıtsız şartsız millete ait olduğu ve bunun Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı hususu Anayasanın 6. maddesinde açıklandıktan sonra 7,8, ve 9. maddelerde bu yetkiler yasama, yürütme ve yargı yetkisi olarak belirlenmiş, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı anayasal bir kural haline getirilmiştir.

## 2- MAHKEME-YÜKSEK MAHKEME KAVRAMLARI:

Anayasanın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Bu hükümde ifade edilen “Mahkemeler” bununla ilgili ilk kanun olan 1924 tarihli ve 469 sayılı “Mehakimi Şer’iyyenin İlgasına ve Mehakim Teşkilatına Ait Ahkamı Muaddil Kanun”da; “Türkiye Cumhuriyetinde önce görev ve yetkisi kanunla belirlenmiş Sulh Mahkemeleri ve ayrıca buldukları ilçenin adıyla anılan ve bir başkan ile iki üyeden oluşan asliye mahkemeleri vardır” şeklinde belirlenmiş.

Halen yürürlükte olan 1984 tarih ve 2992 sayılı “Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanunun” 1. ve 2. maddelerinde de, “Kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak” bu bakanlığın görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerce ileri sürülebilmesine ilişkin

(2) Prof. Dr. TANILLI Server, Devlet ve Demokrasi 3. Bas. Sh.557

Ancak, yasama ve yürütme erklerinin yanında yargı, her zaman bir erk olarak görülme-yebilir. Örneğin, Fransız Anayasasında, yargı, yürütme erkininbir uzantısı olarak düzenlenmiştir. Yargının yağımsızlığı esas alınmıştır. Bu konuda Prof. TEZİÇ'de benzer düşüncededir. (Prof. TEZİÇ Erdoğan, Anayasa Hukuku İst.1996 Sh.345)

152. maddesi ile ilgili yaptığı incelemede, “ Bir davaya bakmakta olan mahkeme sözlerini, bir davaya bakmakta olan hakim niteliğinde kişilerden kurulu yargı yetkisine sahip, taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasını çözümleyen merci şeklinde anlamak gerekir.” demiştir (3).

Anayasa Mahkemesi, yargı yetkisi ile ilgili olarak yaptığı başka bir incelemede verdiği kararda da, “ Yargı Yetkisi başlıklı bu maddede, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı öngörülmüştür. Bağımsız mahkemeler Anayasanın 6. maddesinin 1. fıkrasında, bağımsız-koşulsuz ulusun olan egemenliği yine bu maddenin 2. fıkrası uyarınca Anayasanın koyduğu esaslara göre yargı alanında kullanan yetkili organlardır. Böylece egemenlik kapsamındaki yasama yetkisi, yürütme yetkisi ve görevi gibi klasik erkler düzeninde (Yargı yetkisi) bağımsız organlarla anayasal yerini almıştır. “ demektedir (4).

Doktrinde ise Prof. DAVER'e göre, “Normal olarak bütün ülkelerde yargı en küçük dereceli mahkemelerden başlayarak en yüksek mahkemelerde (Yargıtay) son bulmaktadır. Türk Anayasal Sistemine göre de yargı erki bağımsız mahkemelere ait olup mahkemeler kararlarını Türk Milleti adına verirler” (5).

Prof. DURAN'a göre, “Anayasa Mahkemesi, yüksek mahkemelerden biridir. Gerçekten Anayasal Sistemimizde, Anayasa Yargısı, çok sayıdaki yargı kullanımından biri ve birincisidir. Fakat özünde ötekilerden farklı değildir. Anayasa Mahkemesi, salt bir yargı merciidir ve bazı yasama işlemlerinin anayasaya uygunluğunu belirli açıdan ve sınırlı ölçüde denetlemekle görevli ve yetkilidir. Hiçbir siyasi yanı ve yönü olmayan bir Yüksek Mahkemedir” (6).

(3) ANY.Mah. 30.05.1967 tarih 1967/15-15 sayılı karar. AMKD.55, Sh.99

(4) ANY.Mah. 28.02.1988 tarih ve 1988/32 E, 1989 /10 K sayılı kararı R.G. 22.06.1989 tarihli sayısı

(5) Prof.Dr. DAVER Bülent, Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler. Anayasa Yargısı 1986 Sh.94

(6) Prof. Dr. DURAN Lütfü, Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı 1984 Sh.80

Prof. Dr. Şeref GÖZÜBÜYÜK, "Yönetim Hukuku" adlı eserinde, "Yönetimsel yargı sisteminin uygulandığı ülkelerde birden çok yargı düzeni bulunmaktadır. Ülkemiz açısından da durum böyledir. 1982 Anayasasına baktığımız zaman yargı yetkisinin birden çok yüksek mahkemeler arasında bölüştüldüğünü ve bunların, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi dışında, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi olduğu görülür."

Prof. TEZİÇ'e göre; 1982 Anayasasında, Anayasa Mahkemesi yüksek mahkemeler arasında gösterilmiş olmasına rağmen bir Yüksek Mahkeme değildir. Anayasa Mahkemesi bir anayasal kuruluştur ama Yargıtay, Danıştay, Askeri Yüksek Mahkemelerden farklı olarak alt derece mahkemeleri bulunmamaktadır. Müracaat yoluyla Anayasa Mahkemesine uyuşmazlıkların çözümü de gelmemektedir. Aslında mahkeme olarak görevi de istisnaidir. Bunun dışında Anayasa Mahkemesi bir anayasa kurumudur. Ama yüksek mahkeme değildir (7).

Doç.Dr. TUNÇ'a göre ise, "Yüksek mahkeme kavramı, adeta ilgili yargı organının alt derece mahkemelerinin var olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ayrıca teknik olarak da bir yargı yerine yüksek diyebilmek, onun altında ilk derece mahkemelerinin varlığını gerekli kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi kuşkusuz bir mahkemedir ancak genel mahkemeler arasında yer alan derece mahkemesi değildir" (8).

Anayasa Mahkemesinin onursal başkanlarından Sn. ÖZDEN'e göre ise, "Anayasa Mahkemesinin öz görevi anayasaya uygunluk denetimidir. Adında mahkeme sözcüğü bulunmakla birlikte genel anlamda bir mahkeme değildir. Siyasal içerikli işlevinin niteliği, sonuçları yönünden, hukuk-sallığının tam ve yargısallığının ağır basması yönünden denetimin yargısal olduğu belirlenmiştir. Yüksek mahkeme olarak sayılması özelliğini, görev ve yetkisinin niteliğini, yapısını, konumunu değiştirmez..." (9).

(7) Prof. Dr. TEZİÇ Erdoğan, Parlamento Kararı ve Kanun Anayasa Yargısı 1989 Sh. 48

(8) Doç.Dr. TUNÇ Hasan, Anayasa Yargısında Yeni Oluşumlar, Anayasa Yargısı 1995 Sh.299

(9) ÖZDEN Yekta Güngör, "Anayasa Mahkemesi kanunu koyucu gibi harekete yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez kuralına nasıl geldiği, bu kural nedir, ne değildir" konulu inceleme. Anayasa Yargısı 1986 Sh.42

Aynı konuda, Prof.TANİLLİ; “ Yargılama, hukuk devletinin temel koşuludur ve yasama ve yürütme gibi devlete aittir. Başta bağımsız mahkemeler olmak üzere, devletin resmi yargılama makamlarınca yerine getirilir. Gerçekten 1789 Fransız Devrimi’nden beri açıkça anlaşılmuştur ki yargılama, doğrudan doğruya bir devlet faaliyetidir ve egemenliğin bir sonucudur. Onun içindir ki yargılama görevi devlet makamlarınca egemenliğin sahibi adına yerine getirilir Mahkemeler, genel mahkemeler ve özel ya da uzmanlık mahkemeleri olarak ikiye ayrılır. Genel mahkemeler deyince, bakacakları davalar belli kişi ve konulara göre sınırlandırılmamış olan, tersine her türlü işlere bakan mahkemeler anlaşılır, bunlar hüküm mahkemesi olan sulh ve asliye mahkemeleri ile denetim mahkemesi olan Yargıtay’dır. Özel ya da uzmanlık mahkemeleri ise, belli kimseler arasındaki uyuşmazlıklara ya da belli bir çeşit uyuşmazlıklara bakmak üzere kurulmuş olan mahkemelerdir...” (10) demektedir.

Prof. ÖZBUDUN’da, yargılama makamları olarak mahkeme-yüksek mahkeme ayrımını yaparak, “ Anayasamızda yer alan yüksek mahkemeler geleneksel olarak hukuk biliminin diğer dallarında incelendiğinden...” şeklindeki başlangıçla yüksek mahkemeleri, 1961- 1982 Anayasaları bakımından ayrıca incelemeye tabi tutmuştur (11).

Bu konuda, değişik bir düşünce Yargıtay 1. Başkanı Doç. Sami SELÇUK tarafından ileri sürülmektedir. Buna göre, yüksek mahkeme sistemi ülkemizde benimsenmemektedir. Anayasa Mahkemesi dahil Yüksek Mahkeme yoktur. Bu düşünceye göre; “ ..Birçok ülkede olduğu gibi Türk Yargıtay’ı da hukuk tekniği ve terimi anlamında bir yüksek mahkeme değildir. Denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için, gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesi, bir başka deyişle olay mahkemesi gibi kanıtlarla yüz yüze gelerek tarafların etkin biçimde katıldığı tartışmalı ve herkese açık bir duruşma, bilimsel deyişle öğrenme yargılaması yapabilme, bu nedenle de maddi olayları ve kanıtları değerlendirerek davanın esasına karar verebilme yetkilerini ve de çoğu kez görüldüğü gibi Anayasa Yargılama yetkisini de haiz olması gerekir... Oysa, Türkiye’de

(10) Prof. TANİLLİ Server Devlet ve Demokrasi 3. Bas. Sh.557-605.

(11) Prof. ÖZBUDUN Ergun; Türk Anayasa Hukuku 4. Bas. Sh.337-345

yargısal hiyerarşinin başında bozma mahkemesi anlamında bir denetim organı vardır.. Birçok ülkede ve bizde Yargıtay'a yüksek mahkeme denmesinin nedeni yargı hiyerarşisinin en yüksek noktasında bulunduğunu belirtmek içindir, teknik anlamda değildir" (12).

Bu uygulama ve görüşlerin dışında anayasa ve yasa koyucunun düşünce ve tespitlerine bakacak olursak; 1961 Anayasasının 136. maddesi, "Mahkemelerin Kuruluşu" başlığı altında, mahkemelerin kuruluşunun, görevlerinin, yetkilerinin, işleyiş ve yargılama usullerinin yasa ile düzenleneceğini öngörmüş, "Yüksek Mahkemeler" başlıklı 139 ve müteakip maddelerde de Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi, yüksek mahkemeler olarak belirlenmiş ve bu mahkemelerin kuruluş ve işleyişleriyle başkan ve üyeleri ile ilgili hükümlerin yasa ile düzenleneceği açıklanmıştır. Anayasa Mahkemesi ise, yargı bölümünde ve fakat yüksek mahkemeler dışında ayrıca düzenlenmiştir.

1982 Anayasasının "Yargı" başlıklı 3. bölümünde yer alan 142. maddenin kenar başlığı "Mahkemelerin Kuruluşu" olup, maddeye göre mahkemelerin kuruluş, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.

Aynı bölümün 2. kısmının kısım başlığı "Yüksek Mahkemeler" olup, 146 ve müteakip maddelerinde Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi, yüksek mahkemeler olarak belirlenmektedir.

Keza; 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 1. maddesine göre; "Yargıtay adliye mahkemelerinden verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merci olup, T.C. Anayasası ile bu kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir."

---

(12) Doç. Dr. SELÇUK Sami, Yargıtayın (Bozma Mahkemesinin) ve Temyiz Yolunun İyi Algılanması ve Kurumsallaşması Sorunları. Yargıtay dergisi Ocak 1992 Sayı: 1 Sh.21. Doç. SELÇUK, aynı görüşünü 1999 yılında Marmara Üniversitesince düzenlenen CMÜK Sempozyumunda sunduğu "Temyiz Yolu Açısından Ceza Yargılama Yasasının Uygulanması" konulu tebliğinde de tekrar etmiştir. (CMUK Sempozyumu. İst. Sh.29.)



2575 sayılı Danıştay Kanununun 1. maddesine göre, Danıştay T.C. Anayasası ile görevlendirilmiş Yüksek İdare Mahkemesi, danışma ve inceleme mercidir.

1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 1. maddesine göre; "Askeri Yargıtay T.C. Anayasası ve diğer kanunlarla görevlendirilmiş bağımsız bir yüksek mahkemedir."

1602 sayılı A. Y.N.M. Kanununun 1. maddesine göre; "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi T.C. Anayasasına göre kurulmuş bir yüksek mahkemedir."

2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 1. maddesine göre; "Uyuşmazlık Mahkemesi T.C. Anayasası ile görevlendirilmiş, Adli, İdari ve Askeri Yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir yüksek mahkemedir."

Görülmektedir ki; gerek Anayasa ve gerekse yasalarımız mahkeme- yüksek mahkeme deyimlerini kullanmakta ve gerek sistemin en üstünde olmaları gerek denetim mekanizması olmaları ve gerekse belli konularda ilk derece mahkemesi olarak görev yapmaları sebebiyle Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesi yüksek mahkemeler olarak adlandırılmaktadır. Bu adlandırmada, söz konusu mahkemelerin "Olay Mahkemesi" veya "Bozma Mahkemesi" olmaları şeklindeki bir kritere bağlı kalınmadığı ve buna gerek de duyulmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, Yargıtayın bilinen iş yükü nedeniyle, bunun çözümü olarak, zaman zaman adli yargıda yüksek mahkeme olarak "İstinaf Mahkemeleri" kurulması düşünceleri gündeme getirilmiş ve hatta bu husus önceleri belli bir mesafe kat etmiş (13) olmakla beraber, son yıllarda bu düşünceden vazgeçildiği görülmektedir.

Sonuç olarak, yargılama sistemimizin değişik yargı yollarında kurulan mahkemeler ile bunların üzerinde olan ve denetim görevini yapan denetim organlarından teşekkül eden bir kuruluşa sahip olduğu, yukarıda adı

(13) Devlet Planlama Teşkilatı 1983 yılı Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporunda böyle bir kuruluşun uygun görüldüğünün rapora kaydedildiği anlaşılmaktadır. DPT Yayınları Adalet Hizmetleri 1983. Sh.38

geçen kuruluşların birer Yüksek Mahkeme olduğunda kuşku bulunmadığı ayrıca Anayasa Mahkemesi ile Uyuşmazlık Mahkemesinin de sisteme dahil olduğu sonucuna varılmaktadır. Kaldı ki Anayasa, 1961 Anayasasında olduğu gibi, mahkemelerin kuruluşunun görev ve yetkilerinin, işleyiş ve yargılama usullerinin mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi esaslarına göre yasa ile düzenleneceği kuralını benimsemiş, yüksek mahkemeler açısından bununla da yetinmeyerek yüksek mahkemeleri, görevlerini, özelliklerini, üyelerinin kim tarafından ve nasıl atanacağını veya seçileceğini ayrıca belirterek, yüksek mahkemelerin düzenlenmesini, bu konularda yasama organının takdirine de bırakmamıştır.

Anayasa, böylece birden çok yargı düzeninin olduğunu ve bunların başında yer alan yüksek mahkemeleri sayma yolu ile belirtmiştir. Bu hale göre yasama organının, Anayasada sayılanlardan başka bir yüksek mahkeme kurma yetkisi bulunmadığı da anlaşılmaktadır (14).

### 3- YARGI YOLU AYRIMI:

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, ülkemiz sisteminde birden çok yargı yolu için, birden çok denetim mekanizması kurulmuş ve bunların birer yüksek mahkeme olduğu da ısrarla vurgulanmıştır.

Aslında, İmparatorluk döneminden bu yana yargı yollarının çeşitlilik gösterdiği görülmektedir. Nitekim, Osmanlı Devleti'nin değişik toplum yapısı karşısında, önceleri tek olan şeriat mahkemelerinin, Tanzimat döneminde çeşitlilik gösterdiği ve şeriat mahkemelerinin yanında Rum, Ermeni ve Yahudi Cemaatleri mensuplarının önemli bir kısım davalarına bakan Cemaat Mahkemeleri, ayrıca Konsolosluk Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri ve Nizamiye Mahkemeleri olmak üzere beş çeşit yargı yeri olduğu anlaşılmaktadır (15).

- 
- (14) Prof. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku 1986 Sh.250 Prof. Dr. GÖREN Zafer, "Anayasa Yargısı ve Yasama" başlıklı tebliği, Anayasa Yargısı 1996 Sh.85 Ayrıca Anayasa Mahkemesi, bir kararında, "Anayasa Mahkemesi genel mahkemeler arasında yer alan bir derece mahkemesi değildir" demiştir. 11.12.1963 gün ve 1963/30-28 sayılı karar. RG/3.3.1963
- (15) Doç. Dr. GÜRDOĞAN Burhan, Cumhuriyet Döneminde Hukuk ve Yargılama Reformu. Atatürk ve Hukuk. Anayasa Mah. Sh.282 ONUR İsmet, Atatürk ve Hukuk Başlığı Tebliği, As. Yargıtayın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Yayını 1994 Sh.33

Ancak, yine bu dönemde bunların üst denetim organı olan (Meclis-i Valayı Ahkam-ı Adliyye) nin, 1800'lü yılların ikinci yarısındaki yenileşme çabaları esnasında, Batıdaki gelişmelerden esinlenerek ve Tanzimat düşünceleri doğrultusunda 1868 yılında iki bölüme ayrıldığı ve "Şura-ı Devlet" ile "Divan-ı Ahkam-ı Adliyye" adları altında da adli ve idari yargı ayrımına gidildiği ve bu ayrı kurumların, günümüzün Yargıtay ve Danıştay'ını oluşturduğu da bilinmektedir (16).

Aslında, idari rejimi tam olarak uygulanan ilk ülke Fransa'dır. Fransız Devrimi esnasında, eski rejimin mahkemeleri olan "Parlement"lerin bıraktıkları kötü anıların etkisi ile idari davalara bakmak görevi doğrudan idari makamlara verilmişti. Ancak, idarenin kendi kendisini yargılaması durumunun anormallığı görüldüğünden bu işlere bakmak üzere, özel bir mahkeme çeşidi kurulması yoluna gidilmiş ve daha sonra da anayasa ile Danıştay ve İİ İdare Kurulları kurulmuştur. İkili yargı sistemi kabul edilince bunun doğal sonucu olarak görev uyuşmazlıkları da kendini göstermiş ve gerek bu uyuşmazlıkları çözmek ve gerekse idari yargının adli yargı karşısındaki bağımsızlığını sağlamak amacıyla 1872 yılında Fransız Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur (17).

Askeri yargı ise, düzenli orduların kurulması ile birlikte ortaya çıkmış olup, bugün de bu bağıllık sebebiyle ayrı bir yargı yolu olarak varlığını sürdürmektedir.

Ülkemizde de gelişim aynı doğrultuda olmuş Adli, İdari ve Askeri Yargı yolları ayrılığı Anayasa ve yasalarımızla belirlendiğinden, bunlar arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıklarının çözümü için Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur. Bu çeşitlilik, gerek tarihi bir gelişimin ve gerekse toplumsal ihtiyaçların bir sonucudur.

---

(16) Divan-ı Vala'nın, Şura-ı Devlet ve Divan-ı Ahkam-ı Adliyye adları altında iki ayrı kuruluşa bölünmesi ve bunların günümüzün Danıştay ve Yargıtay'ını oluşturması, her yılın 4 Mart günü İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku ve İdare İlimleri Araştırma Merkezi Müdürlüğünce "Hukuk Devleti Günü" olarak kutlanılmaktadır.

(17) Ord.Prof.Dr. ONAR Sıddık Sami, İdare Hukuku

Bu durum ve buna göre şekillenen hukuk sistemimizde, yargılama makamlarının bağımsızlığı ve yargılama fonksiyonunun kaynağının “milletle” dayanmasına, millet adına yargılama yapılmasına özen gösterilmiş, tek yargı, tek mahkeme veya yüksek mahkeme fikirlerine uzak durulmuştur.

Bu konuda, Anayasa Mahkemesi bir kararında, “Yargı yetkisi, asli bir devlet yetkisidir. Anayasa, kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisinin kullanılmayacağı ve yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı ilkelerini koymuş, yargı yetkisini kullanacaklar için özel güvence hükümleri ön görmüş, Adli, İdari ve Askeri olmak üzere üçlü bir yargı düzeni kurmuş... Bu üçlü düzen içindeki yargı yerlerinden birinde çözülme zorunluluğu ise yine Anayasanın 32. maddesindeki tabii hakim ilkesi gereğinden bulunmuş...” (18) demiştir.

Yüksek Mahkeme sonraki bir kararında, sistemimizdeki yargı yollarını yine açıkça ifade etmiş ve, “Hukuk düzenini korumaya yönelik devlet faaliyeti olan yargı işlevini Anayasa koyucu, Adli, İdari ve Askeri olmak üzere üç bölüme ayırmış her bölümü ayrı bir Yüksek Mahkemeye bağlamak suretiyle, üç ayrı yargı rejimi kabul etmiştir. Anayasada Adli Yargı rejimi yanında 140. madde çerçevesinde nasıl İdari Yargı rejimi benimsenmiş ve Danıştay görev alanı belirlenmiş ise 138. ve 141. maddeleri ile de ayrı bir Askeri Yargı rejimi öngörülmüştür...” (19) demiştir.

Anayasa Mahkemesi daha sonra verdiği bir kararda bu konuyu Yargıtay ve Danıştay açısından özel olarak ve uzun uzun incelemiştir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi Türk Yargı Sisteminin “Yargı Ayrılığı” ilkesine dayalı olduğunu belirterek;

“... Yargı yetkisine bağlı olarak, Yargı erkinin Anayasal bütünlüğü doğal bir sonuçtur. Yargı bütünlüğü, öbür erkler, yasama ve yürütme gibi klasik ve evrensel ayırım için de söz konusudur. Her erkin kendi içinde ayrımları gibi Yargının da görev alanları değişikliğine göre değişik türleri olabilir. Anayasa bu değişiklikleri gözeterek, Adli ve İdari Yargı ayırımını benimsemiştir...

(18) ANY.Mah. E. 1972/556, K. 1973/11 sayılı karar. AMKD.S. II Sh. 128

(19) ANY.Mah. 14.02.1978 tarih ve 1978/130-13 sayılı karar

...Anayasanın 154. maddesinde Yargıtay ve 155. maddesinde Danıştay karar ve hükümleri son inceleme yerleri olan yüksek mahkemeler olarak belirtilmiştir. Yasayla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakan bu iki yüksek mahkeme yanında, 158. maddede, Adli, İdari ve Askeri Yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözmekle yetkili kılınan Uyuşmazlık Mahkemesinin varlığı daha önce kabul edilen Yargı Ayrılığı Sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimleridir... (20)

Yine Anayasa Mahkemesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, "Adli, Askeri ve idari davalara bakan ve bu davalarda nihai hüküm vermek suretiyle anlaşmazlıkları çözümlleyen her derece mahkemesidir (21).

Anayasa Mahkemesinin buna ilişkin kararları, doktrinde de paylaşılmaktadır. Örneğin, Prof. GÖZÜBÜYÜK; İdari Yargı Sisteminin uygulandığı ülkelerde, birden çok yargı düzeni bulunduğu, ülkemiz açısından da durumun böyle olduğu, Anayasaya göre yargı yetkisinin birden çok Yüksek Mahkeme arasında bölüştüğü ve bunların birbirlerine ve diğer kamu kurumlarına bağımsız olduklarını ifade ederek, ülkemizde, Adli, İdari ve Askeri Yargı olmak üzere üç yargı düzeni bulunduğunu belirtmektedir (21/a).

Nihayet, 1961 Anayasasının 142 ve 1982 Anayasasının 158. maddelerinde, "Adli, İdari ve Askeri Yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını" çözümlmek için Uyuşmazlık Mahkemesi kurulduğu açıklanmaktadır.

Esasen; görev veya hüküm uyumsuzluklarından söz edildiğinde, bunun için biri ötekenden ayrı ve bağımsız çeşitli yargı yollarının mevcudiyeti gerekmektedir. Uyuşmazlık Mahkemesi uygulamalarında buna Yargı Yolu İhtilafı da denilmektedir. Doğal olarak böyle bir uyumsuzlıktan söz edile-

---

(20) ANY.Mah. 28.02.1988 tarih ve E.1988/32, K. 1989/10. sayılı kararı.(Resmi Gazete 22.06.1989)

(21) ANY.Mah. 12.01.1965 tarih E. 1964/51, K. 1965/3 AMKD 5:3 Sh.19

(21/a)Prof. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku. 9.Bas. Sh.342 Prof. Dr. ÖZBUDUN Er-  
gun, a.g.e. Sh.337

bilmek için de, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununun 14. maddesi uyarınca “Adli, İdari veya Askeri Yargı mercilerinden en az ikisinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmele-ri ve bu yolda karar vermeleri” gerekmektedir (22).

Sonuç olarak, ülkemiz hukuk sisteminde birden çok yüksek mahkemenin mevcudiyeti, yargı yollarının farklılığı ve çeşitliliği ile açıklanmakta ve kabul edilmektedir.

Ancak, bu bölümde kısaca “Anayasa Yargısı”na da temas etmek gerekli görülmektedir. Demokratik Hukuk Devleti açısından, yani özgürlükler ve temel hakların güvence altına alınması, yargı bağımsızlığı ve yargıç güven-celerinin somutlaştırılması, idarenin eylem ve işlemlerinin hukuka bağlı olması ve bunlara karşı yargısal denetimin benimsenmesi ve yasaların Anayasaya uygun olarak çıkması için gerekli denetim olanaklarının getirilmesi yanında özellikle Anayasa Yargısının kabul edilmesi de gerekli bir öge olarak görülmektedir (23). Diğer bir deyişle, Anayasa Yargısı, Anayasa-ya uygunluğu sağlayan bir çeşit yargı faaliyetidir.

Bilindiği gibi, klasik anlamda yargı bir normun belirli bir meseleye bir da- vaya uygulanmasıdır. Ancak çağdaş anlamda ihtiyaçların da etkisiyle yar- gının bu anlamı genişletilmiştir. Prof. DAVER’in dediği gibi, bu ihtiyaç ne- deniyle Anayasal Yargı adında, içinde denetim de olan bir yargı kavramı ortaya çıkmıştır. Bunun içersinde hem denetim, hem de Yargı İşlevi vardır (24).

Gerçekten, Anayasa Hukukçularının kabul ettiği deyimle, “Anayasa Yar- gısı”, doğrudan doğruya Anayasaya uyulmasını sağlamak amacını güden her türlü yargı işlemini ve Anayasa Hukuku sorunlarının Yargısal Usuller

(22) UYŞ.Mah. 27.01.1986 tarih ve 1986/5-6 sayılı kararı. Uyuşmazlık Mahkemesi Karar- ları, Yargıtay Yayınları No:21 Sh.818.

(23) Prof.Dr. BALTA Tahsin Bekir, Hukuk Devleti İlkeleri Üzerine, İdare Hukuku (1).Sh. 103. Prof.Dr. SOYSAL Mümtaz, Anayasanın Anlamı Sh. 183 Prof.Dr. ÜNSAL Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi. 1980 Sh. 126

(24) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun. Türk Anayasa Hukuku, 4. Bas. Sh.341. Prof. Dr. DAVER Bülent, Anayasa Mah. Kararları Açısından Siyasal Partiler. Birkaç örnek olay. Ana- yasa Yargısı 1986 Sh.94

içersinde bir karara bağlanması sürecini ifade etmektedir. Bu süreç içerisinde somut eylemler , kanunların ve diğer bazı yasama işlemlerinin Anayasaya uygunluğunun yargısal merciiler tarafından denetimi ile Yüce Divan görevidir. (25)

Bu açıklamalardan, Anayasa Yargısının da ayrı bir Yargı yolu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, bu kabulün teknik anlamda, "Yargı Yolu Uyuşmazlıklarına" yani görev ve hüküm uyuşmazlıklarına konu teşkil etmeyeceği görülmektedir. Zira, 2247 sayılı Uyuşmazlık Kanununun 11. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda ve siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda uyuşmazlık çıkarılmayacağı hüküm altına alınmakta, 36. maddede ise bütün Yargı merciilerinin Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan olarak görev konusunda verdiği kararlara, kendilerinin bunun aksine ve kesinleşmiş kararları olsa bile uymak zorunda oldukları ve keza, hüküm uyuşmazlığı durumunda da, yalnızca Anayasa Mahkemesi kararlarının gözönünde tutulup böylece uygulama yapılacağı belirtilmektedir.

Bu düzenlemeler karşısında Anayasa Yargısının diğer yargı yolları karşısında özel bir konuma sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bu konuya ileride tekrar temas edilecektir.

## **ANAYASALAR VE YÜKSEK MAHKEMELER:**

Bu bölümde Yüksek Mahkemelerin Anayasalarda yer alıp almadıkları ve böyle bir düzenleme yapılmışsa, bunun nitelik ve içeriklerine temas edilecektir. Ancak Türkiye Cumhuriyetinin 29 Ekim 1923'de kurulmuş olması sebebiyle incelemeyi bu dönem itibariyle yapmak gerekmekte ise de, Yüksek Mahkemelerimizden bazılarınınca Osmanlı İmparatorluğu döneminde kurulup bu güne kadar gelmiş olmalarından dolayı. (Yargıtay, Danıştay,

- 
- (25) Prof.Dr. ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 4. Bas. Sh. 341. Ancak, Anayasa yargısının, bir Anayasa organı olarak nitelendirilmesi gerektiği, yüksek mahkemeler arasında yer almasının, yargısal niteliğinin öne çıkarılması için yetmeyeceği, esasen Anayasa Hukukunun, siyasal konuların hukuku olduğu ve bu nedenle de kendine özgü kuralları bulunduğu da savunulmaktadır. Doç. Dr. GÖREN Zafer, Türk-Alman Anayasa Hukukunda Anayasa Yargısının sınırları. Anayasa Yargısı 1995 Sh.206

As. Yargıtay) İmparatorluk Dönemi Anayasalarını da gözönüne alıp incelemek, zorunlu ve faydalı görülmüştür. Ayrıca 1982 tarihli mevcut Anayasaya göre, yüksek mahkemelerin bazı Batı ülkeleri Anayasalarındaki durumuna da değinilerek yapılacak ve bu incelememiz , bu tebliğimizin konusu ve süresi dikkate alınarak dar kapsamda tutulacaktır .

### A-CUMHURİYETTEN ÖNCEKİ DÖNEM:

1) 1876 Anayasası: Yargı ile ilgili ilk önemli belgenin 1876 Anayasası olduğu genellikle kabul edilmektedir. Tanzimat döneminde girişilen yenileştirme hareketlerinin başında gelen bu Anayasa, yargıya yer vermiş olmasına rağmen onu bir erk olarak nitelendirmemiş, yargı organına ilişkin bölümün başlığı olarak "Mehakim" (Mahkemeler) deyimini kullanmıştır. (Md. 81 -91) Esasen monarşik bir sistemin söz konusu olduğu Osmanlı Devletinde egemenlik hükümdara ait olduğundan, yargının da bir kuvvet olarak nitelendirilmesi söz konusu olamazdı. Bununla birlikte bu Anayasa, yargı bağımsızlığı ve hakim güvencesine ilişkin bazı hükümleri de kabul etmiştir. Örneğin; 81. maddeye göre, "Bu kanuna göre Devlet tarafından atanan ve kendilerine buna ilişkin berat verilen hakimler azledilemezler." hükmünün yanında, 86. maddede "Mahkemelere her türlü müdahalede bulunmak yasaktır." hükmü ile önemli teminat kuralları kabul edilmiştir. (26)

Ayrıca bu Anayasanın 92. maddesinde "Divan-ı Ali" kuruluşu hüküm altına alınmış, 30 üyeden oluşacak bu mahkemenin 10 üyesi "Ayan" meclisinden, 10 üyesi "Şura-ı Devlet" den ve 10 üyesinin de "Mahkeme-i Temyiz ve İstinaf Başkan ve Üyeleri arasından" kura ile seçilecekleri belirtilmiştir. Bakanlar Kurulu Üyelerinin ve Temyiz Mahkemesi Başkan ve Üyelerinin "Hukuku Şahane" aleyhine hareketlerini ve Devlete yönelik eylemlerini yargılamak üzere kurulduğu açıklanan bu mahkemenin, niteliği itibari ile bir "Yüksek Mahkeme" olduğu anlaşıldığı gibi, kuruluş ve görevlerinden söz edilmese bile, "Şura-ı Devlet" ve "Mahkeme-i Temyiz" adlarında iki yüksek mahkemenin de hukuk sisteminde mevcut olduğu anlaşılmakta-

(26) Prof.Dr. ÖZBUDUN Ergun. a.g.e. Sh. 329, Doç.Dr. TANILLI Server. Türk Anayasal ve İlgili Mevzuat. İst. 1980 Sh.14



dır. Nitekim bu Anayasada, adli işlere ait kanunların yorumlanmasının da, "Mahkeme-i Temyiz" e ait olduğu belirtilmiştir.

Esasen yukarıda (27) değinildiği gibi, değişik yargı yollarının üzerinde bulunan "Meclis-i Vaka-yı Ahkam-ı Adliyye" nin iki bölüme ayrılarak bu günkü Adli ve İdari Yargı yollarının bu dönemde kurumları ile birlikte oluştuğu görülmektedir.

2) 1876 Anayasasının bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin 1909, 1914, 1916 ve 1918 tarihli değişiklik kanunlarında yargı ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. (28)

3) 1921 tarihli "Teşkilatı Esasiye Kanunu", yargı fonksiyonundan hiç söz etmemektedir .Yani, gerek yargı erki ve gerekse yargı kurumları ile ilgili hiçbir düzenlemeye yer verilmemiştir. Keza, bu Anayasanın 1923 tarihinde yapılan değişikliğine ilişkin yasada da yeni bu konuda herhangi bir hüküm yoktur .

4) Gerek 1876 Anayasasının değişikliklerinde ve gerekse 1921 Anayasası ve değişikliğinde yüksek mahkemelerden söz edilmemekte ise de, 1876 Anayasasında bahsedilen "Divan-ı Ali", "Şura-ı Devlet" ve "Mahkeme-i Temyiz" in bu dönemlerde Türk Hukuk Sisteminde yerini muhafaza ettiği söylenebilir .

Ayrıca bunların yanında Askeri Yargı alanında da önemli gelişmeler olmuştur. 1837 tarihli "Kanunname-i Ceza-i Askeriye" ile kurulan ve bir Askeri Yargı organı olan Divan-ı Harplerin kararlarının incelenmesi hususunda yeni anlayışlar benimsenmiştir. Divan-ı Harplerin kararlarının incelenmesi ile ilgili daha önceki sistemlerin, Meşrutiyet Rejimi ile bağdaşmayacağı görüşü ile 6 Nisan 1914 tarihinde 233 sayılı geçici kanunla İstanbul'da harbiye nezaretinde, "Divan-ı Temyiz-i Askeri" adı altında, Divan Harplerin kararlarını temyizen incelemek üzere bir Yüksek Mahkeme kurulmuş ve Ülkemizdeki bu günkü Askeri Yargıtayın temelini de bu kuruluş oluşturmuştur. (29)

(27) Bu tebliğin "Yargı Yolu Ayırımı" başlıklı bölümü. Sh.7

(28) Doç.Dr. TANILLI Server, Türk Anayasaları ve İlgili Mevzuat Sh. 20-29

(29) Dr. AYHAN Önder. Türk Hukuk Sisteminde Askeri Yargı başlıklı tebliğ. As Yargıtayın 75. Yıldönümü Yayını. Sh.10

## B- CUMHURİYETTEN SONRAKİ DÖNEM:

### 1) 1924 TARİHLİ ANAYASA: (Teşkilatı Esasiye Kanunu)

Genç Türkiye Cumhuriyeti, kuruluşunu takiben yeni bir Anayasa ile Devletin organlarını belirlemiş, yasama ve yürütme görevlerini ayrı ayrı fasıllarda düzenledikten sonra 4. fasılda “Kuve-i Kazaiye” başlığı altında yargı erkini ve ayrı bir başlık altında “Divan-ı Ali” yi düzenlemiştir.

Görülmektedir ki, aslında yasama ve yürütme fonksiyonlarını TBMM’de toplayarak kuvvetler birliği ilkesini kabul etmiş olan bu Anayasa, bu ilke ile pek bağdaşmayacak bir biçimde, yasama ve yürütme fonksiyonları hakkında “görev” deyimini kullandığı halde, yargı fonksiyonunu ayrı bir kuvvet olarak nitelendirmiştir. Tamamen yasamanın üstünlüğü ilkesine dayanan bir Anayasanın, yasama fonksiyonu hakkında “görev” deyimini kullanırken, bu fonksiyonlara göre daha tali bir biçimde düzenlenen yargı fonksiyonunun bir “Kuvvet” olarak nitelendirilmesini açıklamanın zor olduğu kabul edilmektedir. (30)

Ancak, Yasama ve Yürütme kuvvetlerinin birliğine karşı bu Anayasada yargının bağımsız olduğunu ifade eden çeşitli hükümler bulunmasına rağmen yine yüksek mahkemelere yer verilmediği görülmektedir. 61ci. maddeden itibaren kuruluş ve görevleri sayılan “Divan-ı Ali” ise özel görevli ayrı bir mahkeme olarak düşünülmüştür. (31) Bu mahkemenin asıl ve yedek üyelerinin “Şura-ı Devlet ve Mahkeme-i Temyiz Başkan ve Üyeleri” arasından seçileceği ve görevinin, Bakanlar Kurulu Üyeleri ile Şura-ı Devlet ve Temyiz Mahkemesinin Başkan ve Üyeleri ile Cumhuriyet Başsavcısının görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılamak olduğu belirtilirken, dolaylı olarak bu iki yüksek mahkemeden söz edildiği görülmektedir.

### 2) 1961 TARİHLİ ANAYASA: Yargılama fonksiyonunun, mahkemelerin bağımsızlığının, yargıç güvencesinin ve dolayısıyla yargı bağımsızlığının Anayasal teminat altına alındığı ve Yüksek Mahkemelere Anayasal bir kimlik kazandırıldığı önemli bir metin olan 1961 Anayasası; başlangıç

(30) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh.329.

(31) Zira bu Anayasanın 67. maddesi ile, Divan-ı Ali’nin görülen İzzum üzerine TBMM kararıyla teşkil olunacağı açıkça belirtilmiştir.

metninde, "İnsan hak ve hürriyetlerini, milli dayanışmayı, sosyal adaleti, ferdin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmeyi ve teminat altına almayı mümkün kılacak demokratik hukuk devletini bütün hukuki ve sosyal temelleri ile kurmak için..." var olduğunu açıklamış ve buna ilişkin kurum ve kuralları birlikte getirmiştir.

Gerçekten, 1961 Anayasasının hazırlanışı sırasında yargı bağımsızlığını bütün gerekleriyle gerçekleştirme konusuna büyük önem verilmiştir. Yargı fonksiyonu, Yasama fonksiyonu ile eş değerde tutulmuş, yürütmenin bir "görev" olarak nitelendirilmesine karşın yasama ve yargı birer "yetki" olarak nitelendirilmiştir. (Md.5,6,7)

Bunda, 1960 öncesi döneme ve bu dönemde gerçekleşen yasama ve yürütme işlemlerine karşı bir tepkinin etken olduğu da söylenebilir. (32)

1961 Anayasasının "yargı" başlıklı 3. bölümü 132- 153. maddeler arasında detaylı olarak düzenlenmiştir. Yargılama fonksiyonu ile ilgili temel hukuk kuralları dikkate alınarak, sistem, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı kuralları üzerine inşa edilmiştir . Mahkemelerin kuruluşundan duruşmaların açık olacağına, kararların gerekçeli olmasından hakimlik ve savcılık mesleklerinin niteliklerine kadar birçok kurum bu Anayasa ile düzenlenmiş, Askeri Yargı ve daha sonraki değişiklikte Devlet Güvenlik Mahkemeleri Anayasa kapsamına alınmış ayrıca yargı alanında Anayasa Mahkemesi, Yüksek Hakimler Kurulu, Uyuşmazlık Mahkemesi ve sonraki değişiklikte Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu Anayasa ile kurulmuştur.

Bu Anayasa böylece Anayasa Yargısından başka, Adli Yargı, İdari Yargı ve Askeri Yargı ayrımını yapmakla, her yargıyı kendi içinde bir bütün saymış ve birisinin, öbürünün işlerine karışmasını doğru bulmamıştır .

1961 Anayasası, Türk Hukuk Sisteminde mevcut olan Yüksek Mahkemelerin kuruluş ve görevlerini tek tek belirlemiş ve böylece yasama organi-

(32) Prof. Dr. TUNAYA Tarık Zafer, Siyasal Kurumlar ve Anayasa Hukuku. 4. Bas. Sh. 143. Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku, 1986 Sh. 243. Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun a.g.e. Sh. 30. Prof. Dr. DAVER Bülent, Anayasa Mahkemesi Kararları Açısından Siyasal Partiler Birkaç Örnek Olay. Anayasa Yargısı 1986 Sh. 95.

nın, yasa ile yeni bir yüksek mahkeme kurma olanağını vermemiştir. Ancak bu Anayasanın 147. maddesi ile adına mahkeme demesine ve kanunların ve TBMM içtüzüklerinin Anayasaya uygunluğunu denetleme ve belli kişileri Yüce Divan sıfatıyla yargılama görevini vermesine rağmen Anayasa Mahkemesi, "Yüksek Mahkemeler" arasında değil, yine yargı bölümü içerisinde ve fakat özel olarak düzenlemiştir. Bu Anayasaya göre yüksek mahkemeler, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesidir. (1973 Anayasa değişikliğinden sonra) Bu düzenleme nedeni ile yukarıda bazılarında yer verilen görüşler karşısında Anayasa Mahkemesinin bir yüksek mahkeme olup olmadığı tartışma konusu yapılmış ise de nitelik tartışmasını tam olarak bitirmekle birlikte 1982 Anayasası, bu mahkemeyi de Yüksek Mahkemeler arasında saymaktadır.

Bu Anayasaya göre;

#### a) Anayasa Mahkemesi:

Anayasa Mahkemesinin 15 asıl ve 5 yedek üyesinin belirtilen miktarlarda Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay başkan ve üyeleri arasından kendi Genel Kurullarınca seçileceği belirlenip, kalan üyelerin Askeri Yargıtay ile Millet Meclisi, Senato ve Cumhurbaşkanınca seçileceği ve bu Anayasa ile verilen görevleri yapacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri bu Anayasa ile tek tek sayılarak saptanmıştır. (33) Bu görev ve yetkiler yasa koyucu tarafından elinden alınamayacağı gibi başka konu-

(33) 1961 Anayasasına göre bu görev ve yetkiler şöylece belirlenmiştir:

- Yasaların ve TBMM içtüzüklerinin (Md.147) kanun hükmünde kararnamelerin (Md.64) ve Anayasa değişikliklerinin (Md.147) Anayasaya uygunluğunu denetlemek,
- Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu Üyelerini, Yargıtay, Danıştay, As.Yargıtay, AYİM, Yüksek Hakimler Kurulu, Sayıştay başkan ve üyelerini, kendi başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, görevleri ile ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılamak (Md.147),
- Siyasi Partilerin kapatılmasına karar vermek (Md.57),
- Siyasi Partilerin gelir ve gider hesaplarını denetlemek (Md. 57),
- Danıştay Üyelerini (Md.140) ve Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanını seçmek (Md.142),
- TBMM üyelerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına veya üyeliklerinin düşmesine karar verilmesi halinde açılacak iptal davalarını görmek (Md. 79-80).

larda da yasa ile bu mahkemeye ve başkan ve üyelerine, bunların dışında herhangi bir görev ve yetki verilemeyecektir . 1982 Anayasasında üye sayısı değişmiştir. 1961 Anayasası ile 1982 Anayasası, Anayasaya uygunluk denetiminin şekilleri, yani iptal davası ve defî yolu bakımından genelde bir değişiklik içermemekle beraber; iptal davasında, dava açma yetkisi bakımından 1973 Anayasa değişikliği ile getirilen sınırlamanın 1982 Anayasasında daha da genişletildiği görülmektedir. 1961 Anayasası dava açma yetkisi bakımından iki grup organ belirlemişti. Dava açma yetkisi sınırlandırılmamış olan, yani herhangi bir kanun hakkında iptal davası açabilen organlar arasında yer alan TBMM'de temsilcisi bulunan partiler yerine, sadece grubu bulunan partilerin dava açması 1973 değişikliği ile kabul edilmiş olup, ayrıca kendi varlık ve görevlerini ilgilendiren alanlarda iptal davası açma yetkisini haiz olan bazı kurumların bu yetkisi de 1982 Anayasası ile kaldırılmıştır. Keza; şekil yönünden yapılan denetimde de sonraki Anayasa daha kısıtlayıcı hükümler getirmektedir. Bunun dışında oluşturulan farklılıklara ileride değinilecektir.

b) Adliye mahkemelerinden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olarak görevlendirilen ve kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı belirlenen bir yüksek mahkeme olan **Yargıtay** Anayasanın 139. maddesinde yer alır. Yargıtay üyeleri ise, bu Anayasa ile oluşturulan Yüksek Hakimler Kurulunca seçilecektir. Yargıtay 1. Başkanı ile 2. Başkanları ve Cumhuriyet Başsavcısı ise Yargıtay Büyük Genel Kurulunca kendi üyeleri arasından seçilecektir .

c) Bu Anayasa ile oluşturulan diğer önemli kuruluşlardan "Yüksek Hakimler Kurulu", bu Anayasanın 143. ve 144. maddelerine göre Yargıtay Genel Kurulunca tamamen kendi üyeleri arasından seçilen 11 asıl ve 3 yedek üyeden oluşan ve üyelerinin, bu görevleri süresince başka bir iş ve görev alamayacakları bir kuruluştur .Bu düzenlemeye göre bu kurul, adliye mahkemeleri hakimlerinin özlük işleri hakkında karar vermekte olup, hakimlerin denetimi ve haklarındaki soruşturmada yine bu kurula bağlı ve sürekli olarak görevli müfettiş hakimler eliyle yapılacaktır.

d) Ayrı bir başlık altında yer almamış olsa bile bu Anayasa 137. maddesi ile, Yüksek Hakimler Kurulundan ayrı olarak "Yüksek Savcılar Kurulu"nu da sisteme dahil etmiştir. C.Savcılarının Yargıtay üyeliğine seçilme-

leri dışında kalan bütün özlük işleri ve disiplin cezaları ile meslekten çıkarılmaları hakkında karar verme yetkisi bu kurula verilmiştir .Gerek bu kurul ve gerekse Yüksek Hakimler Kurulunun kararlarının kesin olduğu ve bu kararlar aleyhine başka mercülere başvurulamayacağı yolundaki 1971 yılında 1488 sayılı Anayasa değişikliği ile getirilen hükümler daha sonra Anayasa Mahkemesince ayrı ayrı kararlarla iptal edilmiştir (34).

Bu kısa bilgilerden şu manzara görülmektedir: 1961 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ve diğer Yüksek Yargı Organlarının üyelerinin seçimini farklı farklı kurallara tabi tutmuştur. Örneğin; Yargıtay üyeleri, Yüksek Hakimler Kurulunca seçilirken; Danıştay , Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi üyeleri farklı sistemlerle seçilmektedirler.

e) Danıştay; görev ve nitelikleri gözetilerek bu anayasada Yargıtaydan farklı olarak düzenlenmiştir. “Yüksek Mahkemeler” arasında gösterilmekle birlikte 140. maddede Danıştay, “Kanunların başka idari yargı mercüilerine bırakılmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare Mahkemesidir.” şeklinde tanımlanmış ve idari davaları çözümlenmekle birlikte Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları ile tüzük tasarıları ve imtiyaz sözleşmeleri hakkında düşünce bildireceği belirtilmiştir. İşte bu özelliği nedeniyle 1961 Anayasası Danıştay üyelerinin seçimi konusunda kendine özgü bir sistem oluşturmuştur. Buna göre, Danıştay üyeleri, “Bakanlar Kurulu ile Danıştay Genel Kurulunca ayrı ayrı boş yer sayısı kadar gösterilecek adaylar arasından Anayasa Mahkemesinin asıl ve yedek üyelerinin üye tam sayısının 3/2 çoğunluğu ile ve gizli oyla” seçilecektir (Md.140/3).

Görülmektedir ki, Anayasa ayrı bir “Yüksek Hakimler Kurulu” oluşturduğu halde Danıştayın üyelerinin tümünün seçimini bu kurula vermemiş ve bu konuda yürütme organına bir rol tanımıştır .Bunun, Danıştayın bir idari yargı organı olmasının yanında, merkezi idarenin danışma organı fonksiyonunu da yerine getirmesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir (35).

---

(34) Yüksek Hakimler Kurulu ile ilgili bu düzenleme Anayasa Mahkemesinin 27.01.1977 tarih ve E.1976/43, K.1977/4 sayılı kararı ile, (R.G. 21.04.1977) Yüksek Savcılar Kurulu ile ilgili bu düzenlemede Anayasa Mahkemesinin, E.1977/82, K.1977/117 sayılı kararı ile iptal edilmiştir (R.G.14.01.1978).

(35) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh. 338

f) Askeri Yargıtay , diğer yüksek mahkemeler gibi 1961 Anayasası ile düzenlenen ve böylece anayasal kimlik kazanan bir başka yüksek yargı organıdır. Anayasanın 141. maddesi ile düzenlenen As.Yargıtay'ın görevi yine bu maddede belirtilmiş olup, "Askeri mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii" olduğu açıklanmıştır.

İlk metne göre Askeri Yargıtay Üyeleri ile Başsavcısının belli nitelikleri haiz kimseler arasından, Askeri Yargıtay Genel Kurulunca, boş yerin üç misli olarak seçilen adaylar arasından Cumhurbaşkanınca seçileceği ve Askeri Yargıtayın, başkanlarını kendi üyeleri arasından seçeceği öngörülmüşken, 1971 tarih ve 1488 sayılı Anayasa değişikliği ile üyelerin seçimi aynı kalmakla beraber , başkanların seçimi için farklı kural getirilmiş, buna göre "As. Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, 2. Başkanı ve Daire Başkanlarının As. Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem esasına göre atanacakları" kabul edilmiştir.

Ayrıca, As. Yargıtayın kuruluş, işleyiş, yargılama usulleri ve üyeleri hakkındaki disiplin işlerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre yasa ile düzenleneceği ilk metinde yer almakta iken, 1971 yılındaki değişiklikte bu esaslara, "Askerlik hizmetlerinin gerekleri" kıstası da eklenmiştir .

g) 1961 Anayasasının ilk metninde yer almadığı halde 1971 yılında, 1488 sayılı yasa ile yapılan Anayasa değişikliği sonucunda "Danıştay" ile ilgili 140. maddenin sonuna bir fıkra ilave edilerek, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi adıyla yeni bir yüksek mahkeme kurulmuş ve asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetiminin" bu mahkemece yapılması öngörülmüştür.

Anayasa, diğer yüksek yargı organlarından farklı olarak, bu mahkemenin başkan ve üyelerinin nitelikleri ve seçimi konusundaki düzenlemeyi kendisi yapmamış ve bunun yasa ile yapılmasını öngörmüştür. Bu madde uyarınca çıkarılan 1602 sayılı AYİM Kanununun 7. ve 8. maddelerine göre, en az yarbay rütbesinde 1. sınıf Askeri Hakimler ile 2 yılını doldurmuş kurmay yarbay veya 3 yılını doldurmamış kurmay albaylar arasından yapılacak üye seçimi, As. Yargıtay seçimine benzer bir düzenleme içermektedir.

h) 1961 Anayasası ile kurulan diğer bir yüksek mahkeme, Anayasanın 142. maddesinde yer verilen Uyuşmazlık Mahkemesidir. Adli, İdari ve Askeri Yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyumsuzluklarını kesin olarak çözmeye yetkili olduğu belirtilen bu mahkemenin, kuruluş, işleyiş ve üyelerinin seçiminin yasa ile belirleneceği öngörülmüştür. Ancak, bu mahkemenin başkanlığını, Anayasa Mahkemesince, kendi üyeleri arasından görevlendirilen bir üyenin yapması hususu 142. maddede yer almaktadır .

Bu mahkemenin kuruluşu ile Adli, İdari ve Askeri Yargı yollarının ve yerlerinin farklılığı ve ayrılığı bizzat 1961 Anayasası tarafından kabul edilmekte ve bu husus daha sonraki Anayasada da aynen muhafaza edilmiştir.

### 3) 7 KASIM 1982 TARİH VE 2709 SAYILI T.C. ANAYASASI:

Bu bölümde ülkemizde halen yürürlükte bulunan 1982 tarihli Anayasa'ya göre var olan yüksek mahkemeler, belli nitelikleriyle incelenecektir. Doğal olarak her bir yüksek mahkemenin görevleri ve tüm nitelikleriyle incelenmesi, her birisi ayrı bir tebliğ konusu olacağı için bu kapsamda yapılamayacaktır. Dolayısıyla özellikle görevleri yönünden ele alınarak, Anayasa'daki sıralamaya göre incelenecektir.

#### A- ANAYASA MAHKEMESİ:

Anayasanın "Yargı" başlıklı 3. Bölümünün 2. Kısımında, "Yüksek Mahkemeler" başlığı altında önce bu mahkeme yer almaktadır.

Anayasanın 149. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" denilmiş olmasına rağmen 146. madde Mahkemenin kuruluşunu 147. maddede üyeliğinin teminatını, 148. maddede Mahkemenin görev ve yetkilerini ve 149. maddede çalışma ve yargılama usulünü belirlemektedir. Müteakip maddeler iptal davası ve itiraz yolunu açıklamakta ve nihayet 153. madde Anayasa Mahkemesinin kararlarının niteliğini belirtmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimi, görevleri ve bu Yüksek Mahkemenin yapacağı denetimin esasları bizzat Anayasa tarafından hüküm altına alınmıştır.



Yukarıda ilgili bölümlerde de değinildiği gibi, Anayasa Yargısı, anayasaya uygunluğun sağlanmasını öngören Yargısal bir faaliyettir. Demokratik hukuk devleti esaslarından birisi olan, Yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, 20. yüzyılda gelişip yaygınlaşan bir seyir göstermiştir. Esasen, 2. Dünya Savaşı sonrasına gelinceye kadar ABD hariç hiçbir ülkede kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi söz konusu değildi. Bu dönemlerde parlamentolar bu sorunu kendi iç meseleleri olarak algılayıp yargısal değil, siyasal denetim yapıyorlardı. Amerika'da ise kanunların anayasaya uygunluğu normal mahkemeler kanalıyla sağlanmaktaydı, yani bir yargısal denetim söz konusu idi. Mahkemeler bakmakta oldukları bir davada, bir kanunun anayasaya aykırı olduğunun iddia edilmesi karşısında, bu itirazı Anayasaya göre inceliyor ve uygun olup olmadığına karar veriyorlardı. Bu konuda sonsöz ve karar ise Federal Yüksek Mahkemeye aitti. Dolayısıyla ABD'de kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi sadece defî yolundan, "somut norm denetimin"den (36) ibaretti yani Yüksek Mahkemeye ABD Başkanının veya Kongredeki partilerin iptal istemiyle dava açmaları söz konusu değildi. Keza, ABD'de bu iş için ayrı bir anayasa mahkemesi kurulmamıştı. Orada bugün de durum budur.

Oysa, 2. Dünya Savaşından sonra İtalya, Almanya, Avusturya ve İspanya gibi ülkelerde, yürütme kararlarının ve kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi ihtiyacı, bu ülkelerin bu savaşla birlikte çöken totaliter rejimlere sahne olmalarının da etkisiyle ön plana çıkmış ve bunun çözümünün "yargısal denetim" olacağı kabul edilerek ayrı birer Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmiştir. Bu akım müteakip yıllarda başkaca ülkelerde de bu tür mahkemelerin kurulmasını gerektirmiştir (37).

---

(36) Prof. Dr. DAVER Bülent, Anayasa Mahkemesi Yargıcı, Anayasa Yargısı, 1987 Sh.12 Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh.341 Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, Anayasa Yargısı. 3.Bas. Sh.12 Prof. Dr. DURAN Lütfi. Türkiye Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu. Anayasa Yargısı 1984 Sh.58 Doç. Dr. ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı. Ank.1997 Sh.33 ve aynı yasanın, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ank. 1996 Sh.41

(37) Anayasa Mahkememizin kuruluş yıldönümleri nedeniyle düzenlenen sempozyumlara katılan yabancı ülke Anayasa Mahkemeleri temsilcilerinden bu husus kolaylıkla anlaşılmaktadır.

Bu akımlardan ülkemiz etkilenmiş midir?

1960 yılına gelinceye kadar, yani 1924 Anayasası döneminde ne meclisin çıkaracağı kanunları denetleyecek ayrı bir organdan söz edilmiş, ne de kanunların Anayasaya uygunluğunu soyut veya somut norm denetimi yoluyla yapılması gibi bir usul getirilmiştir. Keza, Anayasa Mahkemesi de yoktu (38).

Yalnız bu Anayasanın 103. maddesi, “Hiçbir kanun Anayasaya aykırı olmaz” hükmünü koymakla, bir kanunun Anayasaya aykırı olup olmadığının takdirini meclise bırakmıştır. Yani, meclisin Anayasaya aykırı bir kanun yapmayacağı farz ve kabul olunmuştur. Oysa bunun aksine bir çok örnek bulunduğu da bir gerçektir .

27 Mayıs 1960 tarihindeki hareket sonucu, 1924 Anayasası kaldırılmış ve teşkil edilen bir kurucu meclis kanalıyla 1961 Anayasası yapılmıştır. 1961 Anayasasını hazırlayanlar özellikle 1950-60 dönemindeki tek partiye dayanan meclis tahakkümünü önlemek amacıyla iki yeni kurum getirmiştir. Bunlardan birisi yasama alanında, ikinci meclis (senato), diğeri de Anayasa Mahkemesidir. Bu düşünceye göre Anayasa Mahkemesi, “Yargı içinde yer alan fakat Yüksek Mahkemelerden ayrı, bunların dışında özel yetkilerle donatılan çok önemli” bir kuruluştur. Bazı görüşlere göre (39) bu dönemde Anayasa Mahkemesi parlamentonun dışında belki de üçüncü meclis gibi çalışacak ve en üst düzeyde kesin kararlar verecek, kendine özgü ve yargı özelliği yanında siyasal niteliği de olan bir organdı.

Bu husus, 1961 Anayasası ile ilgili Anayasa Komisyonunun hazırladığı genel gerekçede şöyle ifade edilmiştir:

---

(38) Her ne kadar bazı yazarlar ülkemizde, mahkemelerin önlerindeki bir dava dolayısıyla somut norm denetimi yapmalarına Anayasal ve yasal bir engel bulunmadığını ileri sürmüşlerse de uygulamada hiçbir Türk Mahkemesinin bu yola gitmediği görülmüştür. (Prof. Dr. FEYZİOĞLU Turhan, Kanunların Anayasaya Aykırılığının Kazai Murakabesi. Ankara, 1953 Sh. 255) Prof. DAVER Bülent, Anayasa Mahkemesi Yargıcı, Anayasa Yargısı 1987 Sh.14

(39) Prof. Dr. DAVER Bülent. a.g.e. Sh.14

Hatta, Anayasa Mahkemesi, ana siyasal sistemden soyutlanmadan ele alınan bir “siyasal alt sistem” olarak da nitelendirilmiştir. (Prof. Dr. ÜNSAL Artun, Siyaset ve Anayasa Mah. Ank. 1980 Sh.131)

“Tasarı, hürriyetlerinin tecavüze uğramamasını sağlama noktasında hasasiyet göstermiştir. Bu maksatla, bir yandan devletin her türlü idari tasarrufları geliştirilmiş bir kazai kontrole tabi tutulmuştur. Öte yandan da, bizzat Yasama Organının Anayasanın koyduğu sınırların dışına çıkmaması, Anayasa Mahkemesiyle sağlanmak istenmiştir. Bu konuda bilhassa üzerine dayanılan fikir, hürriyetlerin tanzimcisi olan yasama organının, bu tanzim işinde, hürriyetlerin özünü tehlikeye düşürmeyecek bir sınır ile çevrili kalması fikridir. Bahis konusu Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla Yasama Organı, onun içinde hakim durumda bulunan çoğunlukların iktidarı, başka bir deyimle doğrudan doğruya bizzat siyasi iktidar sınırlanmış olmaktadır.”

Bu gerekçede çok açık ve veciz bir biçimde ifade edildiği gibi, bu düzenleme ile Anayasa Mahkemesi “hürriyetlerin özünü tehlikeye düşürmeyecek bir sınır” kriteri ile Yasama Organı ve çoğunluğa dayalı siyasal iktidar denetim altına alınmış olacaktır.

1961 Anayasasının bu düşüncesi ve buna dayalı olarak getirdiği düzenleme, 1982 Anayasasında da büyük ölçüde korunmuş olmakla beraber ilgili maddelerde kuruluş ve yetkiler yeniden düzenlemeye tabi tutulmuş ve bu yetkiler belirli ölçülerde sınırlandırılmış ve bazı farklılıklar yaratılmıştır. Bunlara satırbaşlarıyla değinecek olursak;

- Mahkemenin kuruluşunda değişiklik meydana getirilmiş, asıl ve yedek üyelerin sayısı azaltılmıştır.
- Anayasa Mahkemesi üyeliğine ve yedek üyeliğe gelme usulü değiştirilmiştir,
- Üyelerde aranan şartlar değiştirilmiştir, Cumhurbaşkanınca üst kademeye yöneticiler arasından seçilecek üyelerin hukuk, iktisat, siyasal bilimler alanları dışında olması mümkün hale gelmiştir,
- Anayasa değişikliklerinin şekil yönünden denetlenmesinde 2/3 oy çoğunluğu yeterli görülmüş ve bu denetlemede hangi noktalara bakılacağı tek tek sayılmıştır,
- Şekil noksanlığına dayalı iptal davası, kanunun yayımını takiben 10 gün içinde söz konusu olmaktadır,

- Şekil bakımından denetlemenin, kanunlar yönünden sadece son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususuna münhasır olduğu kabul edilmiştir,
- Kanunların, esas bakımından denetiminde, “kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edilemeyeceği” hükmü getirilmiştir,
  - İptal davası açma hakkı sınırlandırılmış, üniversiteler ve yüksek yargı kuruluşlarının önceden var olan bu hakları ortadan kaldırılmıştır,
  - Dava açma süresi 90 günden 60 güne indirilmiştir,
  - İtiraz yoluyla dava açan mahkemenin, Anayasa Mahkemesinden 6 ay içinde bir karar gelmediği takdirde bakmakta olduğu davayı, Anayasa-ya aykırılık bakımından kendi kanısına göre çözümleme yetkisi kaldırılmıştır. Bu yetki münhasıran Anayasa Mahkemesine verilmiştir,

Bir hüküm iptaline ilişkin davanın reddinden itibaren 10 yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün iptalinin istenilmeyeceği hükmü getirilmiştir,

- İptal kararlarından doğan hukuki boşluğun giderilmesi bakımından kanun tasarı ve tekliflerinin öncelikle yapılması esası kabul edilmiştir.

#### a) Konumu:

Anayasada kuruluşu ve görevleri belirlenen Anayasa Mahkemesinin hukuksal konumu, önceki bölümlerde incelenmiştir. Burada bu konuya tekrar girilmeyecektir. Ancak bizzat anayasa tarafından düzenlenmesi olgusundan başlayarak, bu mahkemeye özgü bazı özellikler şu şekilde belirlenebilir (40).

- Anayasa Mahkemesinin kuruluş, görev ve yetkilerini Anayasa, diğer Yüksek Mahkemelere oranla daha ayrıntılı şekilde düzenlemiş, yasal düzenlemeye çok daha sınırlı bir alan bırakmıştır.

---

(40) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh.345 Prof. Dr. KIRATLI Metin, Anayasa Yargısında Somut Norm Denetimi İtiraz Yolu, Ankara, 1966 Sh.40

- Anayasanın 149. maddesine göre, “Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” denilmiş olmasına rağmen, 146. madde Mahkemenin kuruluşunun 147. madde de üyeliğinin teminatını, 148. madde de Mahkemenin görev ve yetkilerini ve 149. madde de çalışma ve yargılama usulünü belirlemektedir. Müteakip maddeler iptal davası ve defî yolunu açıklamakta ve nihayet 153. madde Anayasa Mahkemesinin kararlarının niteliğini belirtmektedir .Dolayısıyla, (Anayasa Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimi, görevleri ve bu Yüksek Mahkemenin yapacağı denetimin esasları bizzat Anayasa tarafından hüküm altına alınmıştır),
- Anayasa Mahkemesinin kendi çalışma esaslarını, kendi yaptığı içtüzükle düzenleme yetkisi yasama organının iç tüzük yetkisine benzer nitelikte bir düzenlemedir,
- Anayasaya göre bu mahkemenin kararları, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişilerini bağlar,
- Anayasa Mahkemesi üyeliği, ancak bir üyenin (yaş haddi dışında) belli suçlardan hüküm giymesi halinde kendiliğinden sona erer. Sağlık nedeniyle sona ermesi, bu mahkemenin üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararına bağlıdır,
- Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığını Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirilen bir üye yapar,
- Diğer mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında Anayasa Mahkemesinin kararı esas alınır. Ancak, bütün bu özellikler Anayasa Mahkemesinin bir “Yüksek Mahkeme” olma niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Denetim işlevinin ve siyasi partilerle ilgili yetkilerinin yanında Yüce Divan yetkisi gözardı edilmemelidir. Ancak hukuk tekniği açısından Anayasa Mahkemesinin yargısal faaliyetleri ile diğer yüksek mahkemelerin faaliyetleri arasında bir fark görülmemekle beraber, Anayasa Yargısının uğraştığı konuların siyasetle çok daha iç içe geçmiş olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Esasen Anayasanın tercihi de budur (41).

(41) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun a.g.e.

## b) Kuruluşu:

Anayasanın 146. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, 11 asıl ve 4 yedek üyeden kurulur. Bu üyelerin değişik yollarla seçiminde en son yetki Cumhurbaşkanına verilmiştir. Zira Cumhurbaşkanının iki asıl ve iki yedek üyeyi Yargıtay, iki asıl ve bir yedek üyeyi Danıştay, birer asıl üyeyi As.Yargıtay, AYİM ve Sayıştay Genel Kurullarınca kendi başkan ve üyeleri arasından üye tam sayılarının salt çoğunluğu ile her boş yer için gösterecekleri üçer aday içinden, bir asıl üyeyi YÖK'ün kendi üyesi olmayan Yüksek Öğretim Kurumları öğretim üyeleri içinden göstereceği üç aday arasından seçmektedir. Kalan üç asıl ve bir yedek üyeyi de üst düzey yöneticileri ile avukatlar arasından doğrudan seçmektedir.

Görüldüğü gibi, bu sistem Fransız Anayasasının kabul ettiği atama sisteminden (42) farklı olduğu gibi diğer ülkelerde uygulanan "seçim sistemi ve karma sistemden" ayrıldığı taraflar vardır. Zira bizde yasama organı bu kuruluştan tamamen dışlanmakta ve üyelerin çoğunluğu Yüksek Mahkemelerin kendi başkan ve üyeleri arasından seçtiği kişilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla Federal Almanya, Macaristan, Polonya, Portekiz, Slovenya, Hırvatistan, Anayasa Mahkemeleri ile İsviçre Federal Mahkemesinde uygulanan "yasama organınca seçim" sistemini de (43) bizim Anayasamız benimsememiştir.

Keza, Avrupa modelinde genel olarak geçerli olan ve üyeleri atama ve seçim birlikteliğine dayanan belirleme sistemi yani yetkinin yürütme, yasama ve yargı arasında paylaştırılmış şekilde Anayasamızın kabul ettiği sistemden farklıdır (44).

Böyle bir sistemle seçilen üyelerin nitelikleri nedir?

Anayasa Mahkemesi üyeleri kural olarak yargıçlar, hukuk profesörleri ve avukatlardan oluşur. Doğal olarak belli sürelerle saptanmış mesleki dene-

---

(42) 1958 tarihli Fransa Anayasasının 56. maddesine göre Anayasa Konseyi üyelerinin 3'ü Cumhurbaşkanı, 3'ü Millet Meclisi Başkanı ve 3'ü de senato başkanı tarafından atanır.

(43) Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, Anayasa Yargısı Sh.28

(44) Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, Anayasa Yargısı. Sh.30

yim de aranmaktadır. Avusturya, Almanya, Belçika, İtalya, İspanya ve Portekiz Anayasa Mahkemelerindeki üyelerin nitelikleri böyledir (45).

Bizim Anayasamıza göre ise, Yüksek Mahkemeler başkan ve üyelerinin dışında seçilecek avukatlar, bürokratlar ve öğretim üyeleri için, "kırk yaşını doldurmuş olmak ve mesleklerinde en az onbeş yıl çalışmış olmak" koşulları bizzat Anayasa tarafından aranmaktadır. Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve görevleri ile ilgili yasa ile getirilen Yüksek Öğrenim Kurulu kontenjanından atanacak üyenin, "hukuk, iktisat ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyesi, üst kademe yöneticilerinin ise, YÖK başkanı veya üyesi, rektör veya dekan veya müsteşar, müsteşar yardımcısı, general, amiral, büyükelçi, bölge valisi veya vali" olarak görev yapmak koşullarını da dikate almak gerekecektir.

Kuruluşla ilgili 146. madde, "asıl-yedek üye ayırımını yapmaktadır. Ancak, yukarıda açıklanan seçim koşullarında bu iki grup arasında bir ayırım bulunmamaktadır. Ancak, hem 1961 ve hem de 1982 Anayasalarında var olan yedek üye uygulamasının olumlu sonuç vermediği de ifade olunmaktadır (46). Ayrıca, bazı hak ve yetkilerden yoksun olan yedek üyelerin hiçbir halde asıl üye olamamaları halinde bu olumsuzluğu artırmaktadır.

### e) Görevleri :

1961 Anayasasının hukuk düzeninde anayasayı korumakla görevli kıldığı Anayasa Mahkemesinin işlevinde, 1982 Anayasası ile önemli bir değişiklik yapıldığı söylenemez.

1982 Anayasasının 148 ve 2949 sayılı Kuruluş Yasasının 18. maddesine göre Anayasa Mahkemesinin görevleri;

1- Kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin, TBMM içtüzüğünün belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davalarına bakmak (AY.Md.148).

(45) Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, Anayasa Yargısı 3. Bas. Sh.35

(46) Doç. Dr. ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara 1996, Sh. 217 Anayasa Mahkemesi Başkanı Necdet DARICIOĞLU'nun, Mahkemenin 29. Kuruluş Yıldönümünde yaptığı konuşma. Anayasa Yargısı 1991 Sh.8

2- Anayasa değişikliklerini, açılan dava üzerine sadece şekil bakımından denetlemek (AY.Md.148).

3- Görülmekte olan bir davada uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararname hükümlerinin, Anayasaya aykırılığının taraflarca ileri sürülmesi veya mahkemece bu nitelikte görülmesi hallerinde açılan itiraz davalarına bakmak (AY.Md.152).

4- Siyasal partilerin mali denetimini yapmak (AY.Md. 69/4).

5- Siyasal partilerin kapatılması hakkındaki davalara bakmak (AY. Md. 69/6).

6- Yüce Divan sıfatıyla Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu Üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, As. Yargıtay, AYİM, Başkan ve Üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcı Vekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay, Başkan ve Üyelerini görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yargılamak (AY.Md.148/3).

7- TBMM üyelerinin yasama dokunulmazlıklarının kaldırılmasına ve üyeliklerinin düşmesine ilişkin TBMM kararlarının iptali istemlerini karara bağlamak (AY.Md.85).

8- Kendi üyeleri arasından Uyuşmazlık Mahkemesi başkanını seçmek (AY.Md.158) olarak belirlenmiştir.

Anayasanın, Anayasa Mahkemesinin denetimi dışında bıraktığı işler ise şunlardır;

1- Uluslararası andlaşmalar (AY.Md.90/5)

2- Olağanüstü hal ve sıkıyönetim ilanına ilişkin kararları ve bu hallerle savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler (AY.Md.148).

3- Anayasanın 174. maddesinde yer alan inkılap kanunları.

4- 12 Eylül 1980 tarihi ile ilk genel seçimler sonucu toplanan TBMM Başkanlık Divanının oluştuğu 7 Ocak 1983 tarihleri arasında çıkarılmış bulunan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınmış olan kararlar ve yapılmış tasarruflar (AY.Geçici Madde-15).



Bunun dışında Anayasanın bazı maddelerinde ve bazı yasalarda, Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi tutulmayacak başka işlemlerden de söz edilmektedir. Satır başlarıyla bunlar:

- 1- Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler (AY.Md.105-128).
- 2- Yüksek Askeri Şura Kararları (AY.Md.129).
- 3- Memurlar hakkında verilen uyarma ve kınama cezaları (AY.Md.129).
- 4- Hakimler ve savcılar yüksek kurulu kararları (AY.Md.159).
- 5- Anayasa Mahkemesinin, işin esasına girerek verdiği red kararının resmi gazetede yayınlanmasından sonra 10 yıl geçmeden aynı yasa hükmü hakkında denetim yasağı (AY.Md.152).

#### **d) Anayasa Mahkemesince Yapılan Denetim:**

##### **da. Şekil yönünden denetim:**

1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde Anayasa Mahkemesi şekil yönünden oldukça çok sayıda yasayı iptal etmiş ve şekil kuralının ihlalinin işlemi sakatlayan bir unsur olduğunu açıkça vurgulamıştı (47).

Ancak, 1982 Anayasası şekil bakımından denetimi sınırlı bir esasa bağlamıştır. Bunlar ise:

- Kanunların şekil bakımından denetiminde sadece son oylamanın ön görülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı hususu,
- Sadece şekil bakımından denetlenebilen Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususudur.

Şekil denetimi için başvurunun dava açmaya yetkili olanlar tarafından, Anayasaya uygunluk denetimine tabi olan normların yayımlandıkları tarihten itibaren on gün içerisinde yapmaları gerekmektedir. Anayasa Mah-

(47) Dr. AYHAN Önder, Anayasa Mahkemesince, yargısal denetim sonucu verilen, biçim kurallarına ilişkin iptal kararları, Danıştay Dergisi 1980, S.36. Sh.14

kemesi ise, böyle bir başvuruyu öncelikle inceleyerek karara bağlamak durumundadır (AY:Md.149).

#### **db. Esas bakımından denetim:**

Esasen, Anayasaya uygunluk denetiminin yapılabilmesi için öncelikle, Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmesi gerekir. Başvuru olmadan Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırılığı re'sen ele alarak karar vermesi olanağı yoktur.

Bu denetim, Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulan bir normun içeriğinde, Anayasa kural ya da kurallarıyla çelişen bir yön olup olmadığının araştırılmasıdır. Doğal olarak bu araştırma hem iptali istenen yasa hükümünü ve hem de ilgili Anayasa kurallarının yorumlanmasını zorunlu kılar. Bu yorum sonucunda kanunun içeriğinin hangi yönlerden Anayasaya aykırı olduğu hususu saptanır. Anayasa Mahkemesi denetim için önüne getirilen normun sadece Anayasa karşısındaki hukuki yanı ve yönüyle ilgili olmalıdır. Yoksa bu normun kendince ülke koşullarına uygun olup olmadığı yahut faydalı bulunup bulunmadığı noktaları bu denetimin sınırları içine girmemelidir. Yani bu denetimin amacı, bir "yerindelik" denetimi değil, "norm denetimi", diğer bir deyişle uygunluk incelemesidir. Zira, yerindelik incelemesi, yasa koyucunun yetki ve görevine, onun taktirine karşılık, ona ilişkin hakkı kullanmak olur (48).

Anayasa Mahkemesi bu denetimi yaparken, istemin konusu ile bağlı kalmalı, kararını da iptali istenen bu norma yöneltmelidir. Esasen kuruluş yasasının 29. maddesi "istemle bağlı kalma" kuralını hüküm altına almıştır. Ancak bu kural iptal isteminin dayandırıldığı gerekçelere de bağlılık anlamında değildir. Yapılacak denetim sonunda, başka bir gerekçeye dayalı olarak da karar verilebilir.

Esas yönünden denetimde ölçü norm ne olmalıdır?

---

(48) Anayasa Mahkemesinin 16.2.1978 gün ve E.1997/123, K.1978/16 sayılı kararı. AMKD. 5.16. Sh.60 Prof. Dr. TEZİÇ Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi. Anayasa Yargısı 1986 5h.30 Aynı yazarın, Anayasa Hukuku, İst. 1996. Sh.186. ÖZDEN Yekta Güngör, a.g.e. Sh.43

Öncelikle Anayasanın 148 ve 2949 sayılı Kuruluş Kanununun 18. maddesine göre denetleme yapılırken Yüksek Mahkemenin dayanacağı normun “başlangıç kısmı” da dahil olmak üzere (Md.176) bizzat Anayasanın kendisi olduğu söylenmelidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında, anayasaya uygunluk denetimini yaparken yalnızca Anayasa kuralları ile yetinmemiş, uluslararası metinlere, hukukun genel ilkelerine ve Atatürk ilke ve inkılaplarına atıfta bulunarak sonuca varmıştır (49).

Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir kararında, “Kanunlarımızın, anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” (50), diyerek hukukun genel ilkelerini, hukuk devleti kavramının ayrılmaz bir unsuru olarak yorumlamış.

Bir başka kararında ise, “İnsanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda insan hak ve özgürlüklerini yalnızca bir ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarmış, ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır” (51) diyerek insan haklarının sadece milli hukukların konusu değil uluslararası hukukça da korunduğunu ifade etmiştir.

Nihayet Yüksek Mahkeme başka bir kararında, “Atatürk ilke ve inkılapları 1982 Anayasasının temel dayanağını oluşturmuştur” demiş, ayrı bir

- 
- (49) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh. 354 Prof. Dr. TEZİÇ Erdoğan, Kanunların Anayasa Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi. Anayasa Yargısı 1986 Sh.27. Aynı yazarın, Anayasa Hukuku, İst. 1996 Sh.17. Doç. Dr. ALİFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı. Ankara 1997 Sh.116 Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim. Anayasa Yargısı. 3. Bas. Sh.97. Yasaya göre bu kriterler, “Destek Ölçü Norm” olarak kullanılmaktadır. “Hukukun Genel İlkeleri”nin Anayasa yargısındaki konumu için detaylı bilgi için bu yazarın (Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı) konulu tebliği Anayasa Yargısı 1991 Sh.291 Prof. Dr. DURAN Lütfi, 1982 Anayasasında ölçü normun sadece Anayasa kuralları olduğunu Yüksek Mahkemenin soyut nitelikteki hukukun genel ilkelerine dayalı olarak karar veremeyeceğini, bu konuda eskisi gibi hareket serbestliğine sahip olmadığını söylemektedir. Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu. Anayasa Yargısı 1984 Sh. 65
- (50) ANAY.MAH. 22.12.1964 tarih ve E.1963/166, K. 1964/76 sayılı karar AMKD S.2 Sh.237
- (51) ANAY.MAH. 29.01.1980 tarih ve E.1979/38, K. 1980/11 sayılı karar. AMKD S.19 Sh.97

kararında da, Anayasanın 174. maddesinde belirtilen inkılap kanunlarını, “Türkiye Cumhuriyetinin temelini oluşturan esaslar” olarak nitelendirmiştir (52).

#### **dc. Denetimin Şekilleri:**

1961 ve 1982 Anayasalarına göre, Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk denetimini iptal davası veya anayasaya aykırılığın öteki mahkemelerce ileri sürülmesi yani defî yoluyla yapar. Doktrinde iptal davasına “soyut norm denetimi”, mahkemelerin itirazı yoluyla yapılan denetime de “somut norm denetimi” denilmektedir.

#### **aa. İtiraz, defî yolu ile yapılan denetim: (İtiraz davası)**

Anayasanın 152. maddesine göre bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, aykırılık bir önmele oluşturur ve mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde karar vermek ve açıklamak durumdadır, bu süre içinde karar verilmezse, istemde bulunan mahkeme, davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.

Eğer mahkeme, anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, nihai hükmün temyizen incelendiği temyiz merciince esas hükümlerle birlikte karara bağlanır. Yani mahkemeler ileri sürülen anayasaya aykırılık iddialarının ciddiyeğini incelemek durumundadır.

Görülmektedir ki Anayasamız, itiraz yolunu bekletici bir sorun olarak düzenlenmiştir. 152. maddenin getirdiği sisteme göre ayrıca Anayasa Mahkemesinin artık olayla sınırlı ve sadece tarafları bağlayıcı karar vermesinden de söz edilemez. Oysa 1961 Anayasasında Yüksek Mahkemenin bu şekilde karar verebileceği ve keza bekletici sorun olarak gördüğü itirazına 3

---

(52) ANAY.MAH. 25.10.1983 tarih ve 1983/2-2 sayılı karar. AMKD S.20 Sh.364  
ANAY.MAH. 07.03.1989 tarih ve 1989/1-12 sayılı karar AMKD S.25 Sh.143

ay içinde cevap alamadığı takdirde, aykırılığı kendi kanısına göre çözümleneceği bizzat Anayasa tarafından hüküm altına alınmıştır.

### bb. İptal Davası:

Anayasanın 150. maddesinde aynı başlık altında yer alan düzenlemeye göre iptal davası, Anayasanın yetkili kıldığı kişi ve mercilerin, Anayasa Mahkemesine başvurarak, Anayasaya aykırı buldukları bir kanun veya kanun hükmünde kararname yahut TBMM içtüzüğünün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin iptali istemidir. Verilecek iptal kararlarının devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarıyla gerçek ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliği nedeniyle Anayasa, dava süresi ve davayı açacak kimseler açısından bazı kısıtlamalar getirmiştir.

Anayasanın 150. maddesine göre iptal davası açabilecek olanlar;

- Cumhurbaşkanı,
- İktidar ve ana muhalefet partileri, meclis grupları,
- TBMM üye tam sayısının en az 1/5 tutarındaki üyeleridir.

İktidarda birden fazla partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip parti grubu kullanır. İptal davası açma hakkı, iptali istenen kanun, KHK ve TBMM içtüzüğünün (içtüzük maddeleri ve içtüzük düzenlemelerinin) resmi gazetede yayımlandıkları tarihten itibaren 60 gün içerisinde kullanılmak gerekir. Ancak hatırlanacağı gibi iptal sadece şekil bakımından isteniyorsa bu süre 10 gündür. Bu sürelerin "hak düşürücü süre" olduğu anlaşılmaktadır.

### cc. Bireysel Başvuru:

Anayasamız, Anayasa Mahkemesine ne şekilde başvurulacağını bizzat belirlemiş ve yapılacak denetimin şekillerine göre bu başvuru yetkisini ya "bir davaya bakmakta olan mahkeme" ye ya da Cumhurbaşkanı ile iktidar ve ana muhalefet partileri meclis grupları ve ayrıca TBMM üye tam sayısının en az 1/5 tutarındaki milletvekili grubuna tanımıştır. Dolayısıyla bunların dışındaki kişi ve grupların Anayasa Mahkemesine başvuru yetkileri bulunmamaktadır.

Oysa, Avrupa modelini benimseyen devletlerin çoğunluğu, soyut ve somut norm denetimleri yanında kişilere doğrudan Anayasa Mahkemesine başvuru hakkını tanımaktadır (53). Buna göre, Yargılama sırasında kişinin savunma gibi bazı temel haklarının ihlal edildiği veya karara esas olan yasa kuralının kişinin Anayasa ile korunan temel haklarını ihlal ettiği iddialarıyla Anayasa Mahkemesine bireysel olarak başvuruda bulunulabilir. Örneğin, Federal Alman Anayasasının 93. maddesine göre, “Kamu iktidarlarınca, temel haklarından birine zarar verildiği kanaatinde olan herkes” saldırı ister idari, ister yargısal ya da yasama işlemlerinden kaynaklansın doğrudan Anayasa Mahkemesine başvurabilirler. Avusturya, İspanya, Portekiz, Polonya ve kısmen İsviçre Anayasalarında, “Anayasa şikayeti” de denilen söz konusu bireysel başvuru yetkisi tanınmaktadır. Ancak Danimarka, İrlanda, İsveç, Norveç ve Hollanda’da Anayasa Mahkemesi bulunmadığı için bireysel başvuru hakkı gelişmemiştir. Bu ülkelerde, ilk derece mahkemelerindeki yargılama sırasında temel haklarının ihlal edilip edilmediğini, üst derece mahkemeleri incelemektedir. Anayasa Mahkemesi bulunmasına rağmen, Türkiye ve İtalya’da bu yol kabul edilmemiştir. Ancak, ülkemizde Anayasa Yargısının geldiği düzey dikkate alındığında, bu konuya kapalı kalmamak en azından bu kurumu tartışmak gerektiği düşüncesindeyiz.

#### e) Denetimin etki ve sonuçları:

##### ea. Verilen Kararlar:

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesinin, işin esasını inceleyerek verdiği kararlar red ya da iptal olmak üzere iki türdür. Red kararı, denetime konu normun anayasaya uygunluğunu ifade eder. İptal kararı ise anayasaya aykırılığın belirlendiği bir karar olup bu kararın resmi gazetede yayınlanmasıyla birlikte iptal edilen norm yürürlükten kalkar. Ancak gereken hallerde Anayasa Mahkemesi, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere erteleyebilir. Do-

(53) Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, a.g.e. Sh.73. Doç. Dr. ALİFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı 1997 Sh.50. Aynı yazarın, Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi. Ank.1996 Sh.202. Bu konuda ayrıntılı bilgi için: Prof. Dr. GÖREN Zafer, “Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru”. Anayasa Yargısı 1995 Sh.97

ğal olarak bu kararlar dava konusu normu ortadan kaldırdığı için, herkes yönünden hüküm ve sonuç doğuracaktır. Zira, Anayasa Mahkemesi kararları kesindir, “olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı nitelikte” değildir ve geriye yürümez.

Elbette ki iptal edilen yasayı veya belirli bir hükmü, yürürlükten kalkma, yasa koyucu böylece doğan yasal boşluğu, yeni bir yasa ile dolduracaktır. Doldurmazsa, iptal edilen yasa, bu tarihte yeniden yürürlüğe giremez, doğan yasa boşluğu devam eder. Keza Yasama Organı, iptal edilen bir kuralın aynını veya değişik ifadelerle benzerini yeniden yasalaştırmamalıdır. Ancak bunun aksine uygulamalar vardır.

### **eb.Yasa Koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesisi:**

Anayasanın 153/2. maddesi, Yüksek Mahkemenin iptal kararı verirken, “yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemeyeceğini” belirtmektedir.

1961 Anayasasında olmayan bu kuralın konuluş nedeninin, Anayasa Mahkemesinin verdiği kararlarla zaman zaman Yasama Organının taktir yetkisine karıştığı, kural koyucu gibi karar verdiği ve böylece yetkilerini genişlettiği iddialarına dayandığı genellikle kabul edilmektedir (54). Hatta bu tür tartışmalar 1974 yılında çıkarılan 1803 sayılı Af Kanunu sebebiyle de yoğun biçimde yapılmıştır.

Maddenin gerekçesinde; “öyle haller vardır ki bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. Örneğin, kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir, halbuki kanun koyucu böyle bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali milli iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile hüküm verilirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur.”

(54) Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, a.g.e. Sh.107. Doç. Dr. ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, Ankara 1997 Sh.235. ÖZDEN Yekta Güngör, (Anayasa Mah.Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kararına Nasıl Gelindiği, Bu Kural Nedir, Ne Değildir.)Anayasa Yargısı 1986 Sh.77

Bu gerekçeye ve kurala yoğun eleştiriler yöneltilmektedir. Gerçekten Anayasa Mahkemesinin her iptal kararı yeni bir hukuksal durum doğurup yeni bir uygulamaya yol açar. Bu durum ise kural koymak değil, Anayasaya aykırılığı gidermektir. Kaldı ki böyle bir hüküm tesis edilmiş olsa bile bunu kimin değerlendirip saptayacağı da belli değildir. Zira, iptal kararları bütün organ ve kişileri bağlayacaktır. Ayrıca denetimin doğal sonucu olarak Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı bulduğu kuralı iptal ederken ana kural- istisna kural gibi bir ayırım da yapmamaktadır (55).

### ec. Yürürlüğün Durdurulması:

Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasalarında ve kuruluş yasasında, Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararlarında, "yürürlüğün durdurulmasına" ilişkin bir belirleme yapabilme yetkisi ve buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda, Yüksek Mahkemece bir karar verilip verilmeyeceği doktrinde ve bizzat Anayasa Mahkemesi kararlarında tartışılmıştır. Gerek idari yargıda mevcut bulunan ve gerekse bazı yabancı Anayasa Mahkemelerine tanınmış bulunan (Örneğin Federal Almanya Anayasa Mahkemesi) bu yetki, Anayasaya aykırı olan yasaların bir an önce uygulanmasına son verilmesi anlamını taşımaktadır. Başlangıçta, "Yüksek Mahkemenin böyle bir karar verebilmesi, ancak Anayasa ile bu yetkinin kendisine açıkça tanınmış olması ile mümkün olduğu" gerekçesiyle yürütmenin durdurulması istemlerini reddeden (56) Anayasa Mahkemesi, daha sonraki başka bir kararında, Yürütmeyi Durdurma yetkisini kendisinde görerek, bu yetkinin, mahkemenin bir davayı görüp karara bağlama yetkisi içinde bir aşama ve yargısal denetimin etkinliğinin özünde var olan bir araç olduğu, bu yetki tanınmadığı taktirde kişilerin ve kamunun Anayasa korumasından yoksun bırakılmış olacağı, Anayasada böyle bir yetkiden söz edilmemiş olsa bile yasaklayıcı bir hüküm de bulunmadığı ve bu

(55) Prof. Dr. SOYSAL Mümtaz, 100 Soruda Anayasanın Anlamı, 1982 Anayasasına Bilimsel Yaklaşım. İst.1986. Prof. Dr. DURAN Lütfi, Türkiye'de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu, Anayasa Yargısı, 1984 Sh.75. Doç. Dr. ALİEFENDİOĞLU Yılmaz, Anayasa Yargısı, Ank.1997 Sh.235. ÖZDEN Yekta Güngör, a.g.m. Sh.77 Prof. Dr. KABOĞLU İbrahim, a.g.e. Prof. Dr. GÖREN Zafer, Anayasa Yargısı ve Yasama. Anayasa Yargısı 1996 Sh.120

(56) ANY.Mah. 01.08.1985 tarih ve E.1985/4 sayılı müteferrik karar. R.G. 18.10.1985



nedenle ortada bir kanun boşluğu bulunduğu ve bunun içtihat yoluyla doldurulabileceği şeklindeki gerekçelerle, "iptale yönelik istem, karara bağlanıp karar yürürlüğe girinceye kadar uygulamadan doğacak, giderilmesi güç ve olanaksız durumları önlemek için" yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir (57).

Bu kararlar Yüksek Mahkemenin, durdurma yetkisine ilişkin bir kuralın bulunmamasını, bir "boşluk" olarak nitelendirip genel hukuk ilkeleri uyarınca ve içtihat yoluyla bu yetkiyi kendisinde gördüğü anlaşılmaktadır. Doktrinde ise lehte ve aleyhte çeşitli düşünceler söz konusudur (58). Ancak gerek doktrinde ve gerekse Anayasa Mahkemesi kararlarında giderek benimsenen yürütmenin durdurulmasına karar verme uygulamasına eleştiriler de azalmaktadır. Bu nedenle bu eleştirilerin tamamen bitirilmesi için "Anayasa ve yasalarla verilmeyen bir yetkinin kullanılması" görünümüne son verilerek bunun anayasal zemine oturtulmasında fayda bulunduğu ifade edebiliriz.

#### **f- Yüce Divan Sıfatıyla Yargılama:**

Anayasanın 148/3. maddesi, 1961 Anayasasında olduğu gibi "Yüce Divan sıfatıyla yargılama" görevini Anayasa Mahkemesine vermiştir. Yüksek Mahkeme bu yetkisi uyarınca, Cumhurbaşkanını, Bakanlar Kurulu Üyelerini; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, As. Yargıtay ve AYİM başkanı ve üyelerini, Başsavcılarını, C.Başsavcısı vekilini, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay başkanı ve üyelerini, görevleri ile ilgili suçlardan dolayı yüce divan sıfatıyla yargılamaktadır. Bu yargılama bir çeşit ceza davasıdır. Hatta bu yargılama sebebiyle Yüce Divan'ın askeri mahkemeler ve çocuk mahkemeleri gibi doğrudan doğruya özel ihtisas ceza mah-

(57) ANY.Mah. 21.10.1993 tarih ve 1993-33-40 sayılı karar. AMKD S.29 Sh.581

(58) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh. 395'de Kanunun iptal anında değil, iptal kararının resmi gazetede yayımlandığı anda yürürlükten kalkması ve hatta yürürlük tarihinin ayrıca kararlaştırılabilmesi yolundaki Anayasa hükümleri ile Anayasa koyucunun böyle bir yetkiyi vermek istememiş olduğu sonucuna varılabilir. Ancak istisnai durumlarda yürütmenin durdurulmasına karar verilebilmesi gerekir. Doç. Dr. ALİ-EFENDİOĞLU Yılmaz. Anayasa Yargısı Ank.1997 Ancak Prof. Dr. GÜRAN Sait, aksi görüşü savunmuştur. (Anayasa Yargısı ve Yürütmenin Durdurulması) Anayasa Yargısı 1986 Sh. 143

kemesi olarak çalışan yargı yerleri arasında yer aldığı da söylenmektedir (59). Bu mahkemede savcılık görevi C.Başsavcısı veya vekili tarafından yerine getirilir.

Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan yetkisi İtalya Anayasası ile benzerlik göstermektedir. Ancak örneğin Belçika Anayasasında, bu yetki Yargıtayda, F.Almanya Anayasasına göre ise Yüksek Eyalet Mahkemesindedir. İrlanda Anayasasında da buna benzer bir düzenleme vardır. Fransa Anayasası ise, 67. maddesinde bağımsız bir Yüce Divan kuruluşunu öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu yargılamayı, yürürlükteki yasalara göre yürütür, duruşma yapar, sanık ve müdafileri dinler, soruşturma yapar ve savunmalarını alarak karar verir. Bu kararlar kesindir. Yüce Divanda sanığın sorguya çekilmesi sırasında üyeler ve başsavcı başkanın izni ile sanığa soru sorabilirler. Duruşma esnasında tutulan duruşma tutanakları başkan ve zabıt katibi tarafından imzalanıp dosyasına konulmaktadır.

Görüldüğü üzere bu yargılama tek derecelidir ve verilen kararların denetimi de söz konusu değildir.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesinin görevlerini demokratik hukuk devleti ilkelerine ve Anayasa ile toplumun beklentilerine uygun olarak yerine getirildiğini söyleyebiliriz. Ancak, kanımızca tüm üyelerinin Cumhurbaşkanınca seçilmesi, asıl-yedek üye ayırımı, denetim dışı işlerin çokluğu ve 1961 Anayasasında olduğu gibi başka kurumların da iptal davası açma ehliyeti yönünden, yeniden düzenleme yapılmalıdır. Keza, iptal davasını meclisteki diğer parti gruplarında açabilmelidir. Bireysel başvuru sistemi, üzerinde çalışması gereken başka bir konudur. Ayrıca halen kullanıldığı “yürütmenin durdurulması” yetkisi de Anayasal bir zemine oturtulmalıdır.

---

(59) Prof. Dr. ÖZTÜRK Bahri, “Bir Ceza Mahkemesi Olarak Anayasa Mahkemesi-Yüce Divan” başlıklı tebliği. Anayasa Yargısı. 1995 Sh.67

## B. YARGITAY:

Osmanlı İmparatorluğu döneminde 1868 yılında, adli-idari yargı yolları ayırımına yer verilerek "Divan-ı Ahkam-ı Adliyye" adı altında kurulan Yargıtay 1876 Anayasasında da "bir maddesi kanuniyenin tefsiri lazım geldikte umuru adliyye müteallik ise, manası mahkeme-i temyize aittir" şeklinde yer almıştır.

Kuruluş yeri ve biçimi, görevleri ve üyelerinin nitelikleri çeşitli değişikliklere uğrayan Yargıtay, 1926 tarihinde ve 834 sayılı kanunla bugünküne benzer şekilde teşkilatlanmış ve nihayet 1961 Anayasası ile Yüksek Mahkemeler arasında sayılarak, Anayasal bir kuruluş niteliğine kavuşmuştur.

Anayasa Mahkemesi de bir kararında bu konuyu inceleyerek "...Hakimler de her insan gibi yanılabilirlerinden kimi kararları usul ve kanuna aykırı düşebilir, karar taraflar için doyurucu olmayabilir. Bu durum mahkeme kararlarına karşı, mahkemenin kendisine veya başka bir mahkemeye başvurarak bu kararların yeniden incelettirilmesi, bunlardan yanlış olanların bozulması, doğru olanların da doğru olduklarının belirtilmesi ve bunun sonucu olarak doğru kararlar üzerindeki yanlışlık kuşkusunun ortadan kaldırılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Yargıtay herşeyden önce bu zorunluluğu karşılamak gereği ile ve özel kanunla kurulmuştur. Anayasa da bu niteliğini belirleyerek Yargıtay'ı Anayasa kurumları arasına almıştır..." (60) demektedir. Bu tespit ve düzenlemelere göre Yargıtay'ın kuruluş ve amaç ve niteliği ve bir yüksek mahkeme olduğu açık olarak ortaya çıkmaktadır.

### a. Kuruluşu:

Anayasanın 154. maddesine göre Yargıtay, adliye mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. 2797 sayılı Yargıtay Kanununun 1. maddesi, Anayasanın bu hükmünü aynen aldıktan sonra ilaveten "T.C. Anayasası ile bu kanun ve diğer kanunların hükümlerine göre görev yapan ba-

(60) ANY.Mah. 20.10.1977 tarih ve E.1977/112, K. 1977/128 sayılı karar. AMKD S.15 Sh.552

ğimsiz bir yüksek mahkemedir.” şeklindeki hükümlerle, Yargıtay’ın da bir yüksek mahkeme olduğunu vurgulanmaktadır.

Yargıtay üyeleri, 1. sınıfa ayrılmış adli yargı hakim ve cumhuriyet savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasında Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca seçilmektedirler. Yargıtay Kanununun 29. maddesine göre de Yargıtay üye adaylarının, bu nitelikleri yanında, birinci sınıfa ayrıldıktan sonra en az 3 yıl süre ile başarılı görev yapmış ve birinci sınıfa ayrılma niteliklerini yitirmemiş olmaları da gerekmektedir. Anayasanın 140. maddesine göre 65 yaşına kadar görev yapacak olan Yargıtay üyeleri arasından, Yargıtay Büyük Genel Kurulunca Yargıtay 1. Başkanı, 1. başkan vekilleri ve daire başkanları 4 yıl için seçilirler.

Yargıtay C.Başsavcısı ve Başsavcı Vekili ise Yargıtay genel kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği 5'er aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından yine 4 yıl için seçilirler. Süresi bitenlerin yeniden seçilmeleri mümkündür.

154. maddenin gerekçesine göre, “Yargıtayın çalışmalarında tam bir tarafsızlık sağlamak için üyeleri hakimlik teminatı esasına göre, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca seçilmektedir. Yargıtay hakimlik teminatı esaslarına göre bağımsız bir yüksek mahkeme olarak çalışmaktadır. Düzenleme bu ilkelere göre yapılmıştır.”

Yargıtay Kanununa göre, Yargıtayın karar organları: Daireler, Hukuk Genel Kurulu, Ceza Genel Kurulu, Büyük Genel Kurul, Başkanlar Kurulu, 1.ci. Başkanlık Kurulu, Yüksek Disiplin Kurulu ve Yönetim Kuruludur. Yargıtayın kuruluş şeması budur.

Yargıtayın işleyişini düzenleyen kurallara gelince :

**aa.** Yargıtay bir yüksek mahkeme olduğu için kural olarak hiçbir işe doğrudan doğruya el atamaz. Ancak re’sen bakılanlar dışında ilgili bir kişinin veya C. Savcısının isteği üzerine ilk derece mahkemelerince verilen bir karar Yargıtayca incelenebilir.

**ab.** Yargıtayın bir işin esasını, özünü inceleyebilmesi için “Temyiz Şartı” denilen bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Kararın temyiz edilebilen kararlardan olması, temyiz süresinin geçirilmemiş olması gibi haller

bu kapsamda sayılabilir. Bu şartların gerçekleşmemiş olması halinde temyiz istemi reddedilir.

**ac.** Yargıtay adli yargı yolunda bir denetim organı olduğu için, ancak adliye mahkemelerinden verilen bir kararın hukuka aykırılığı yolunda ileri sürülen istemleri inceleyebilir. Başka bir yargı yoluna ait, örneğin idare mahkemeleri veya askeri mahkemelerden verilen bir kararı inceleyemeyeceği gibi, karara bağlanmamış bir davaya da bakamaz. Doğal olarak Yargıtaya bazı hallerde ilk ve son derece mahkemesi olarak davaya bakma yetkisi verilmesi istisnai hallerdir.

**ad.** Yargıtaya gelen bir başvuru, ceza davalarında önce başsavcılığa gidip başsavcılık görüşünü içeren bir tebliğnameye bağlandıktan sonra, hukuk davalarında ise doğrudan Yargıtay Kanununa göre görevli kılınan ilgili daireye gönderilerek, taktir denilen özeti hazırlamak üzere bu işle görevlendirilen bir kimseye verilir. Bu kişi bir tetkik hakimi olabileceği gibi üyelerden birisi de olabilir.

**ae.** Yargıtay dairelerince veya genel kurullarınca verilen kararlarda gerekçe gösterilmesi, yasa uyarınca Yargıtay'ın önemli görevleri arasındadır.

**af.** Yargıtay, bir dosyaya ancak kanunun belirttiği yollara göre el atabilir. Yasada gösterilmeyen veya uygulanması mümkün olmayan başka bir kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulayamaz.

**ag.** Yargıtay temyiz isteğinde bulunanın hukuki durumunu ağırlaştıracak nitelikte bir karar veremez (Aleyhe bozma yasağı).

## **b. Görevleri :**

Gerek Anayasanın 154. ve gerekse Yargıtay Kanununun 13. maddesine göre Yargıtay'ın görevleri genel hatlarıyla şunlardır:

**ba.** Adliye Mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir adli merciine bırakmadığı karar ve hükümleri ilk ve son mercii olarak inceleyip karara bağlamak,

**bb.** Yargıtay Başkan ve Üyeleri ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve vekili ve özel kanunlarında belirtilen kişiler aleyhindeki görevden doğan tazminat davalarına ve bunların kişisel suçlarına ait ceza davalarına ve

kanunlarda gösterilen diğer davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakmak,

**bc.** Kanunlarla verilen diğer işleri görmek,  
olarak belirlenmiştir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (C.M.U.K)nun 289 vd. maddelerine göre, ceza yargısında olağan kanun yolları olarak, itiraz ve temyiz gösterilmiş, Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu (HMUK)nun 427 vd. maddelerine göre de olağan kanun yolu olarak temyiz yolu gösterilmiştir. Bu düzenlemelere göre mahkemelerden verilen son kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği gibi (bu kanunda kesin olduğu belirlenen son kararlar dışında) ceza yargılamasında Yargıtay dairelerinin esas mahkeme sıfatıyla baktıkları davalarla ilgili itirazlar da temyiz yolunda olduğu gibi Yargıtay'ca incelenecektir.

Bu inceleme nerede yapılacaktır sorusunun cevabı öncelikle daireler olacaktır.

1- Yargıtay'ın, adli yargıdaki işlevi gereği "hukuk" ve "ceza" davalarına ilişkin denetim görevi nedeni ile Yargıtay dairelerinin "hukuk ve ceza daireleri" biçiminde oluşturulduğu ve buna dayalı olarak da hukuk ve ceza "genel kurul" larının yargısal bir organ olarak teşekkül ettirildiği görülmektedir. Hukuk ve ceza dairelerinin görevleri kanununun 14. maddesinde her daire bakımından ayrı ayrı belirlenmektedir. (Şuanda Yargıtay'da 21 hukuk ve 11 ceza dairesi bulunmaktadır.) Ancak daireler arasındaki ilişki bir görev ilişkisi olmayıp iş bölümü esasına dayanmaktadır. Ancak hemen belirtmeliyiz ki Anayasamızda bütün mahkeme kararlarının bir ayırım gözetilmeksizin Yargıtay denetiminden geçmesini zorunlu kılan bir hüküm mevcut bulunmadığından adliye mahkemelerince verilen tüm kararların Yargıtayca incelenmesi de söz konusu değildir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi bir kararında; "...Esasen, yargı denetiminde sonsuzluk hiçbir zaman söz konusu olamaz, bir yerde kesilmesi gerekir. Nitekim kimi kanunlarda kanun yolları, gereklere göre düzenlenmiş ve kimi kararların kesin olduğu belirtilmiştir. Öte yandan adliye mahkemeleince verilen bütün kararların Yargıtayca incelenmesini istemek bir anlamda ilk derece hakimlerine güvensizliğin ifadesi kabul edilebilir. Bu güvensizliğin ise hiçbir haklı nedeni olamaz. Anayasanın 154. maddesi bü-

tün kararların Yargıtayca incelenmesini zorunlu kılan bir hüküm içermektedir...” (61) demektedir.

## 2- Genel Kurulların Görevleri:

Yargıtay Kanununun 7. maddesine göre hukuk daireleri başkan ve üyelerinden oluşan “Hukuk Genel Kurulu” ile, ceza daireleri başkan ve üyelerinden oluşan “Ceza Genel Kurulu”nun görevleri bu kanunun 15. maddesinde müştereken şu şekilde belirlenmiştir:

**2a.** Yargıtay dairelerinin bozma kararlarına karşı mahkemelerce verilen direnme kararlarını inceleyip karar vermek,

**2b.** Ceza davalarında, Yargıtay Ceza Dairelerinin kurallarına karşı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılan itiraz üzerine, bu itirazı inceleyip karara bağlamak (Ceza Genel Kurulu).

**2c.** Hukuk dairelerinin kendi aralarında veya ceza dairelerinin kendi aralarında içtihat uyumsuzlukları bulunduğu takdirde veya Yargıtay dairelerinden biri yerleşmiş içtihatından dönmek isterse yahut benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar verilirse, bunları “içtihatların birleştirilmesi” yoluyla kesin olarak karara bağlamak,

**2d.** Yargıtay başkan ve üyeleri, Yargıtay, C.Başsavcısı ve Başsavcı vekili ile Yargılama görevi özel kanunlarınca Yargıtay Genel Kurullarına verilen kişilere (Örneğin; 1600 sayılı As. Yargıtay Kanununun 18, 1602 sayılı AYİM Kanununun 33 ve 2575 sayılı Danıştay Kanununun 82. maddelerinde belirtilen kişilerin adli yargıya tabi şahsi suçları) ait davaları ilk mahkeme olarak görmek ve hükme bağlamak,

**2e.** İlk mahkeme olarak özel dairelerce verilen hüküm ve kararların, temyiz ve itiraz yoluyla incelenmesini yapmak,

**2f.** Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek,

Bu düzenlemeden anlaşıldığı gibi, Hukuk ve Ceza Genel Kurulları, hukuk ve ceza işlerinde kendilerine direnme veya itirazlarla gelen yargı kararları karşısında kesin hüküm vermektedirler. Yani verilen bu kararlar ilgili

(61) ANY.Mah. 20.01.1986 tarih ve E.1985/23, K.1986/2 sayılı kararı. AMKD S.22 Sh.18

daireyi ve hüküm mahkemesini bağlamaktadır. Bu husus “içtihat birliği- ni sağlamak” olarak da tanımlanabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bir kararında;

“...Bundan başka Yargıtay, ülkede içtihat birliğini de gerçekleştirmektedir. Hakimlerin belli olaylarda uyguladıkları yasaları ve öbür hukuk kurallarını kendi kanılarına göre başka biçimde yorumlamaları mümkün olduğundan, mahkemelerden benzeri olaylarda verilecek kararlar arasında çelişkiler doğabilmekte ve bu çelişkiler Anayasanın 12. maddesi ile tanınan kanun önünde eşitlik ilkesini zedelemekte ve bundan ötürü içtihatlar arasında birlik sağlanması da zorunlu bulunmaktadır.” (62) diyerek, Yargıtay’ın “içtihat birliğini sağlamak” görevinin önemine işaret etmektedir.

### **c. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı:**

Yargıtay üyeleri arasından nasıl seçileceklerine yukarıda işaret edilen Yargıtay C.Başsavcısı ve onun yokluğunda onun yetkilerini kullanan Başsavcı vekilinin temsil ettikleri Yargıtay C.Başsavcılığı, Yargıtay nezdinde çalışan bir kuruluş olup görevleri Yargıtay Kanununda ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bunlardan yargısal nitelikli olanları şu şekilde ifade etmek mümkündür.

- C.Başsavcılığı temsil etmek,
- Anayasa Mahkemesinde C.Savcılığı görevini yapmak,
- Ceza Genel Kurulunda görülen davaların duruşmalarına katılmak,
- Yargıtay C.Başsavcı yardımcıları vasıtasıyla Yargıtay’a gelen dosyaların tebliğnamelerini (ceza işlerini), karar düzeltme ve itiraz yoluna başvurma işlemlerini düzenleyip imzalamak, (Bu işlemleri, Başsavcı adına yardımcıları imza ederler.)
- Bizzat veya Başsavcı vekili yahut C.Başsavcı yardımcıları vasıtasıyla siyasi partilerin tüzük ve programlarını ve kurucularının hukuki durumlarının Anayasa ve kanun hükümlerine uygunluğunu, kuruluşlarını takiben ve öncelikle denetlemek, faaliyetlerini takip et-

(62) ANY.Mah. 20.10.1977 tarih ve E. 1977/112, K. 1977/128 sayılı karar. AMKD S.15. Sh.552



mek, gerektiğinde siyasi parti, siyasi parti üyesi veya kuruluşu hakkında mahallinde denetleme, inceleme ve soruşturma yapmak ve yaptırtmak,

- Siyasi partilerin kapatılması hakkında Anayasa Mahkemesinde dava açmak,
- Yargıtay Büyük Genel Kurulu ile Ceza Genel Kurullarındaki içtihatların birleştirilmesi müzakere ve kararlarına katılıp oyunu kullanmaktır.

#### **d.Yargıtay'da Yapılacak İnceleme:**

Yargıtay'a belli usullerle gelen dosyalar üzerinden yapılacak inceleme bir temyiz incelemesidir. CMUK'nun 317. maddesine göre, Yargıtay süresi içinde temyiz dilekçesinin verilmediğini veya beyanının yapılmadığını, hükmün temyiz edilemez olduğunu, temyiz edenin buna hakkı olmadığını görürse temyiz isteğini red eder, görmezse inceleme yapar. Ağır cezalı işlerde re'sen veya istem üzerine yapılacak duruşmalar ile, HMUK'nun 438.ci. maddesindeki haller istisna olmak üzere, Yargıtay'ın temyiz incelemesi dosya üzerinden yapılır. Bu kanunlara göre Yargıtay, temyiz dilekçesinde beyan olunan hususlar ile hükme tesiri olacak derecede kanuna aykırı davranılmış olduğunu tespit etmesi halinde, istem olmasa bile bu hususu da inceler. Nihayet temyiz olunan hükmün, kanunun olaya uygulanmasında hata edilmiş olmasının tespiti halinde hükmün bozulmasına hükmedebileceği gibi, kanunlarda belirtilen hallerde bozma kararı ile birlikte davanın esasına da hükmedebilir veya belirli hallerde yapılan inceleme sonunda, hükmü düzelterek de onayabilir (CMUK Md. 322, HMUK Md. 438).

Yargıtay bu denetlemelerinde hükmün usul, esas ve uygulama yönlerinden kanuna uygun olup olmadığını araştırır. Bu tarz bir denetimin, ülkemizde mahkemelerin bilinen iş yükünün de etkisiyle Yargıtay'daki dosya sayısının artmasına, inceleme süresinin uzamasına ve giderek artan iş yoğunluğu sebebiyle, Yargıtay'ın zorlanmasına neden olduğu, gerek Yargıtay 1. Başkanının adli yıl açılış toplantılarında ve gerekse çeşitli hukuk platformlarında sıkça dile getirilmektedir. İstenilen ve yetkililerce zaman zaman dile getirilen "adalet reformu" düşüncelerinin etkilendiği hususlar-

dan birisi de budur. Bu nedenle adliye mahkemelerinin kararlarının denetiminde rahatlama sağlanabilmesi ve adaletin süratlendirilebilmesi için bir takım yasalarda, özellikle usul yasalarında değişiklik yapılması ve üst mahkemelerin kurulması önlem olarak zaman zaman ifade edilmiştir (63).

Ancak tarihi gelişimine, Anayasal ve yasal dayanaklarına ve bir çok ülkedeki benzerlerine rağmen, Yargıtayın yargısal denetimde tek yetkili organ olması ve sadece "Bozma Mahkemesi" olarak hüküm vermesi gerektiği görüşü ile Yargıtay'ın bir yüksek mahkeme olmadığını, denetim yargılaması yapan bir organın yüksek mahkeme olabilmesi için gerektiğinde istinaf yetkisini kullanabilmesi, olay mahkemesi gibi kanıtlarla yüz yüze gelerek, tarafların etkin biçimde katıldığı herkese açık bir duruşma yapabilmesi ve maddi olayları ve kanıtları da değerlendirerek davanın esasına karar verebilmesi ve Anayasa yargılaması yetkisini de haiz olması gerektiğini ifade eden Yargıtay 1. Başkanına göre (64), Yargıtayların yaptıkları incelemede olayları değerlendirmemesi, bu konuda hüküm kuramaması yani sübut incelemesi yapmaması ve sadece bozma mahkemesi işlevini yerine getirmekle yetinmesi gerekmektedir. İstinafin var olması veya kurulması da bu sorunu çözmemektedir. Sorun sistemdedir.

Bu görüşlerin Anglo Sakson hukuk sistemine, örneğin ABD, Kanada ve İngiltere'deki yapılanmaya uygun olduğu düşünülebilir. Örneğin; ABD Federal Yüksek Mahkemesinin ülkedeki bu anlamda tek yetkili kurum olduğu bilinmektedir. Ancak ülkemizdeki sistemin esinlendiği Kara Avrupa'sı ülkelerinde örneğin; Almanya, Fransa, İtalya ve İspanya'da Türkiye'deki sistem uygulanmaktadır. Denetimin tüm yönleri itibariyle dikkate alınması bizzat denetim kurumunun özelliği gereğidir. Yargıtay'ın incelediği bir dosyada açıkça bir delilin dikkate alınmadığını tespiti-halinde dahi buna dokunamamasını kabul etmek, "hakkaniyet ve adaletin" sağlanması amacına uygun bir veri olmayacaktır.

(63) DPT Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Komisyonu Raporu 1983 Sh.38. Ayrıca Yargıtay 1. Başkanı zaman zaman Yargıtay'ın mevcut iş yükünün ağırlığından ve çözüm önerilerinden, adli yılın açılış töreni konuşmalarında söz etmektedirler.

(64) Yargıtay 1. Başkanı Doç. Dr. Sami SELÇUK'un, "Yargıtay'ın ve Temyiz Yolunun İyi Alınması ve Kurumsallaşması Sorunları" başlıklı incelemesi. Yargıtay Dergisi Ocak 1992 Sh.21

### C- DANIŞTAY:

Adli Yargı-İdari Yargı ayrımının yapıldığı ülkelerde Danıştay, İdari Yargı alanında mevcut yargısal kuruluşların en üstünde yer almaktadır. Yani baktıkları işlerin niteliği gereği hem “danışma ve inceleme organı” ve hem de bir yüksek mahkeme olma niteliğini bir arada bulundurmaktadır. Örneğin, İdari Yargının beşiği sayılan Fransa’da ve bu modele uygun olan Türkiye’de Danıştayın bu niteliğine karşın, yargı birliğinin uygulandığı Anglo-Sakson sisteminde, kural olarak idarenin eylem ve işlemlerine karşı hakkı ihlal edilmiş olan kişiler adliye mahkemelerine başvurabilirler. Yani, idarenin yargısal denetimi yetkisi kural olarak adliye mahkemesindedir.

Her ne kadar bu ülkelerde devletin, ekonomik ve sosyal alandaki fonksiyonlarını düzenleyen bağımsız bazı kuruluşlara yargı yetkisi tanınmış (Tax Court, Court of Claims gibi) olmakla beraber, bunlara dayanarak bu ülkelerde İdari Yargının varlığını kabul etmek mümkün görülmemektedir (65).

İdare hukuku gibi, İdari Yargı da Fransa’da doğmuş ve gelişmiştir. Bu sistem daha sonra Türkiye’nin yanında Almanya, İtalya, İspanya, Portekiz, Belçika ve Hollanda gibi birçok ülkede de idari yargının kabulüne yol açmıştır. Fransa’da idari rejimin doğuşu birçok tarihi nedene bağlanmış ve gelişmesi ise Fransız Devriminden sonra olmuştur. Devrim sırasında eski rejimin mahkemeleri olan (Parlement)lerin, idareyi ilgilendiren davalara bakmaları yasaklanmış ve bu iş doğrudan idari makamlara verilmişti. Adli yargının idareye karşı gelmesi 1790 tarihli yasa ile belirlenmiş ve fakat idareyi ilgilendiren davalara bizzat idarenin bakması durumunun sakıncaları nedeniyle Napolyon zamanında bu tür davalara bakmak için özel bir mahkeme çeşidi kurulması düşünülmüş ve merkezde Danıştay ve illerde de Yönetim Kurulları kuruluşu ile “İdari Yargı” sistemine geçilmiştir. Her ne kadar bu dönemde Danıştay’a yargısal görevler verilmemiş ve İl Yönetim Kurullarının kararlarına karşı bir başvuru organı gibi düşü-

(65) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargı 3. Bas. Sh.4.

Örneğin; ABD ve İngiltere’de gerek adliye mahkemelerine ve gerekse Yargı yetkisine haiz bağımsız komisyonlara müracaat etmek ve bunların kararlarına karşı yüksek mahkemeye başvurmak yolunun yanında, klasik anlamda “Ombudsman”lık kurumuna da yer verilmiştir.

nülmüş ise de 1872 yılında gerçek bir yargı yeri, millet adına karar veren bağımsız bir yüksek mahkeme halini almıştır.

Bugün, niçin ayrı bir idari yargı vardır? Sorusuna o dönemden bu yana şu tür cevaplar verilmektedir (66).

- Bu ayrım salt kuvvetler ayrımı ilkesinin doğurduğu bir sonuç değildir. Kamu hizmetlerinden doğan uyuşmazlıkların bünyelerindeki özellikler, bunlara uygulanacak kuralların da özel olmasını gerektirmektedir,
- İdare ile kişiler arasında çıkan anlaşmazlıklara uygulanacak hukuk kuralları, kişiler arasında çıkan ve bunlara uygulanan hukuk kurallarından farklıdır,
- İdarenin yargı yolu ile denetlenmesinde, idari yargının adli yargıya göre daha uygun bulunduğu, idari anlaşmazlıkların bir uzmanlık mahkemesi durumunda olan idari yargı yerlerinde görülmesinin, hem kişiler hem de idare yönünden yararlı olduğu kabul edilmektedir,
- Özellikle 2. Dünya Savaşından sonra, sosyal devlet anlayışı ile idarenin görev alanı genişlediğinden bu ilişkilerden doğacak olan sorunların, idare hukukunu iyi bilen uzman kişilerce çözümlenmesi zorunlu ve faydalıdır.

Gerçekten de adli yargı ve idari yargının birbirinden ayrılmasının tarihi nedenleri yanında, özel hukukla idare hukukunun ayrı ilke ve kurallara sahip bulunmaları ve uyuşmazlık sahalalarının ve bunlara uygulanacak kuralların farklı olması bulunmaktadır.

Anayasamızın 8. maddesine göre, "Yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır" Anayasanın buyruğu budur. İdeal olanın idarenin bütün işlem ve eylemlerinin bu çerçevede içerisinde kalması, Anayasa ve yasaların

(66) Ord. Prof. Dr. ONAR Sıddık Sami, İdari Hukukun Umumi Esasları Çilt3 Sh.1827. Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargı 3.Bas. Sh.11. ÖNBİLGİN Gürbüz-OYTAN Muammer, T.C. Anayasasının İlke ve Kuralları Ank.1977 Sh.159

çizdiği sınırları aşmaması, hukuka saygılı olması ve bu yetkinin kötüye kullanılmamasıdır.

Dolayısıyla, idarenin bu sınırlar içersinde kalmasını sağlamak idari yargının görevi olmaktadır.

İdare ile bireyler arasında idari eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıklar idari yargı tarafından çözümlenir. İdari yargıda Danıştay belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak görevli kılınan bir yüksek mahkemedir. Ancak Danıştay bir yandan idari yargıdaki yüksek mahkeme, öbür yandan da devletin en yüksek danışma ve inceleme organıdır. Bu husus Danıştay Kanununun 1. maddesinde de açık olarak ifade edilmektedir.

#### a. Kuruluşu :

Yukarıda da değinildiği gibi, "Divan-ı Vala"nın 1868 yılında ikiye ayrılmasıyla kurulan, o zamanki adıyla "Şura-ı Devlet", yani bugünkü adıyla Danıştay 1924 Anayasasında, yargı bölümünde değil yürütme organları arasında yer almıştır. Bu durum her şeyden önce Danıştay'ı idareye yardımcı bir kuruluş ve bir danışma organı olarak tanıyarak yargı yetkisinin ikinci planda tutulması anlamına gelmektedir. Keza üyeleri TBMM tarafından seçilen Danıştay'ın Başbakanlığa bağlı olması da bu görüşün ifadesidir (67).

Ancak 1961 Anayasası ve ona hakim olan özgürlükçü ve çağdaş görüşler ışığı altında, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi tutulması kuralıyla birlikte Danıştay'ın yargısal fonksiyonu öne geçmiş ve Danıştay Anayasasının "Yargı" bölümünde ve yüksek mahkemeler arasında yerini almıştır.

1982 Anayasasının 155. maddesinde de yüksek mahkemeler arasında düzenlenen Danıştay, idare mahkemelerince verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi

(67) Prof. Dr. ÜNSAL Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi 1980 Sh.76. ORD.Prof. Dr. ONAR Sıddık Sami, a.g.e. Sh.331

olarak bakar. Anayasa mahkemesinin bir kararında da belirttiği gibi, "...Anayasanın yargılama alanlarını ayırarak, son inceleme yerlerini yine ayrı ayrı belirleyerek kurduğu yargı düzeni burada adli-idari olmak üzere iki türden ortaya çıkmaktadır. Böylece benimsenen yargı ayrılığının anayasal bir ilke olarak korunması ve buna uyulması zorunluluğu açıktır..." (68).

Gerek Anayasanın 155. maddesi ve gerekse 2575 sayılı Danıştay Kanununun 8. maddesine göre Danıştay üyeleri;

- 1. sınıfa ayrılmış ve bundan sonra en az 3 yıl bu görevde başarı ile çalışmış olan ve 1. sınıfa ayrılma niteliğini kaybetmemiş bulunan idari yargı hakim ve savcılar,
- Bakanlık, Müsteşarlık, Müsteşar Yardımcılığı, Elçilik, Valilik,
- Generallik, Amirallik, Cumhurbaşkanlık Genel Sekreterliği,
- Kamu kuruluşlarında Genel Müdürlük veya bu derecedeki Tetkik ve Teftiş Kurulu Başkanlıkları,
- Yüksek Öğretim Kurumlarında Hukuk, İktisat, Maliye, Kamu Yönetimi Profesörlüğü,
- Bakanlıkların Baş Hukuk Müşavirliği veya Maliye Bakanlığında bu derecedeki Hukuk Müşavirliği, Müşavir Avukatlığı veya Muhakemat Müdürlüğü görevlerini yapanlar arasından seçilmektedir. Yine yasanın bu maddesi idareden seçilecek üyelerde, kamu hizmetinde belirli sürelerde çalışarak tecrübe kazanmalarını da bir koşul olarak ayrıca getirmektedir.

Yargıtay üyelerinin tamamının seçimi, Anayasanın 159. maddesi ile kurulan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ait iken, Danıştay üyelerinin seçiminde karma bir sistem belirlenmiştir.

Yukarıda değindiğimiz gibi, 1961 Anayasası, Danıştay üyelerinin seçimini Danıştay'ın taşıdığı özellik sebebiyle Yüksek Hakimler Kuruluna bırak-

(68) ANY.Mah. 28.02.1988 tarih ve E.1988/32, K.1989/10 sayılı karar. R.G. 22.06.1989

mamış, Bakanlar Kurulu ve Danıştay Genel Kurulunca belirlenecek adaylar arasından, bu seçimin Anayasa Mahkemesince yapılması öngörülmüştü. 1982 Anayasasının 155. maddesi ile bu sistem değiştirilmiş, Danıştay üyelerinin 3/4'ünün birinci sınıf idari hakim ve savcılar ile bu meslekten sayılanlar arasından Hakim ve Savcılar Yüksek Kulunca, 1/4'ünün ise, nitelikleri yukarıda belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanınca seçilmesi öngörülmüştür.

Görülmektedir ki, her iki Anayasa bu konuda yürütme organına yetki tanımaktadır. Bunun ise Danıştay'ın idari yargı organı olma yanında, merkezi idarenin danışma organı fonksiyonunu da yerine getirmesinden kaynaklandığı kabul edilmektedir (69).

Danıştay Başkan ve Baş Kanun sözcüsü 1961 Anayasasının ilk şeklinde yine Anayasa Mahkemesi tarafından seçilmekte iken, Anayasanın 1488 sayılı Kanunla 1971 yılındaki değişikliğinden sonra bu seçim yetkisi Danıştay Genel Kuruluna verilmiştir. Bugün ise Danıştay Başkan, Başkan Vekilleri, Baş Savcı ve Daire Başkanları, Danıştay üyeleri arasından belli yöntemle bizzat Danıştay Genel Kurulunca seçilmektedir.

Danıştay'da yargı görevini yürüten daireler ile danışma görevini yürüten daireler birbirinden ayrılmıştır. Bunlara "Dava Daireleri" ve "İdari Daireler" denilmekte, bu kuruluşa paralel olarak da "İdari İşler Kurulu" ve "İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurulları" birbirinden ayrılmıştır. Dava dairelerinde görev yapacak üyelerin nitelikleri dahi Danıştay Kanununun 14. maddesinde ayrıca belirtilmiş ve bu dairelerde görev yapacak üyelerin, hukuk, idari ve siyasi bilimler, iktisat ve maliye alanlarında öğrenim yapmış kişilerden oluşması gerektiği ayrıca vurgulanmıştır.

#### **b. Görevleri:**

Anayasanın 155. maddesi ile görevleri belirlenen Danıştay'ın bu görevleri iki ana grupta toplanmaktadır.

Bunlar:

(69) Prof. Dr. ÖZBUDUN Ergun, a.g.e. Sh. 338 Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Anayasa Hukuku 1986 Sh.259 Prof. Dr. ÜNSAL Artun, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi 1980 Sh.81

## ba. İdari Görevler:

1-Danışma Görevi: İdarenin ihtiyaç duyduğu hukuksal durumlar için Cumhurbaşkanlığı veya Başbakanlık aracılığı ile Danıştay'ın bu hususdaki görüşü istenebilir. Görüş isteyen kuruluş hukuki açıdan bu görüşe bağlı değildir. Bazı hallerde de Danıştay'ın olumlu görüşünün alınması yasalarla istenmiş olabilir. Bu gibi durumlarda hem Danıştay'ın görüşünü alma ve hem de buna uyma zorunludur. Örneğin 4353 sayılı Yasaya göre yasadaki belirlenen değeri aşan devlete ait davalardan vazgeçebilmek için Danıştay'ın uygun görüşünün alınması gerekir (70).

2- İnceleme Görevi : Anayasanın 155/2 maddesine göre Danıştay, "Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek..." görevini de yapmaktadır. Bu düzenlemeye göre hükümet gerekli gördüğü durumlarda kanun tasarılarının incelenmesini isteyebilmektedir. Yani burada zorunluluk yoktur, ancak tüzük tasarıları ve imtiyaz sözleşmelerinin mutlaka Danıştay incelemesinden geçirilmesi gerekmektedir. Bu zorunluluğun, gerek Danıştay'ın kısa sürede görüş bildirememesi ve gerekse bildirilen görüşlerde maddelerin yazım biçimi üzerinde dahi durulması nedeniyle idarenin tüzük yerine yönetmelik çıkartma yolunu benimsediği de söylenilmektedir (71).

3- Diğer İdari Kararlar : Danıştay'a yasalarla da çeşitli idari görevler verilmiştir. Örneğin bir köyün belediyeye katılabilmesi için Danıştay'ın olumlu kararına gerek vardır. Keza İl Genel Meclisinin vali tarafından onaylanmayan kararların 20 gün içinde Danıştay'a sunulması karara bağlanır.

Danıştay'ın belirlenen bu idari görevleri, idari daireler ile (Danıştay Kanununa göre iki adet) yasaya göre oluşturulan "İdari İşler Kurulu" tarafından yerine getirilir.

---

(70) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku 9.Bas. Sh.92

(71) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku 9. Bas. Sh.93



**bb. Yargısal Görevler:**

Danıştay'ın yargı ile ilgili görevleri şöyle sıralanabilir (72):

- 1- İlk derece mahkemesi olarak Danıştay: Bakanlar Kurulu kararına, Başbakanca alınan kararlara, müşterek kararnamelere ve Danıştay Kanununun 24. maddesinde tek tek belirlenen işlemlere karşı açılan iptal ve tam yargı davaları ile imtiyaz sözleşmelerinden doğan idari davalara bakar.
- 2- Temyiz yeri olarak Danıştay : İlk derece idare ve vergi mahkemele-rince verilen ve bölge idare mahkemelerine itiraz yolu ile gidileme-yen son kararlar ile ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'ca görü-len davalarla ilgili son kararlar Danıştay'ca temyizen incelenir ve karara bağlanır.
- 3- Uyuşmazlık yeri olarak Danıştay: 2575 sayılı kanunun 26. madde-sine göre Danıştay uyuşmazlık yeri olarak idari yargı yerleri arasın-da çıkan görev ve yetki uyuşmazlıklarını giderir.
- 4- İçtihatı Birleştirme Kararları: Danıştay, idari yargı alanında içtihat bakımından uyum sağlamak amacı ile içtihatı birleştirme kararları verebilir.

Danıştay'ın bu yargısal görevlerini "Dava Daireleri" (Kanuna göre 10 adet) ve "İdari Dava Daireleri Genel Kurulu" ile "Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu" ve nihayet içtihatları birleştirme kurulu tarafından yerine getirilir. Dairelerin görevleri, her daire bakımından kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Kurulların görevleri de yine ayrıntılı olarak kanunda gösterilmiştir. Buna ilişkin düzenlemelerden, İdari ve Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının görevleri ana başlıklarıyla:

- İdare ve vergi mahkemelerince verilen direnme kararlarını incelemek,
- İdari daireler ve vergi dairelerince ilk derece mahkemesi olarak verilen kararları temyizen incelemek,

(72) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku 9. Bas. Sh.322. Aynı yazarın İdari Yargı 3. Bas. Sh.39.

- Dava dairelerinin ilk derece mahkemesi olarak aldığı yürütmeyi durdurma kararlarına karşı yapılan itirazları kesin olarak karara bağlamak, olarak özetlenebilir.

### c. Danıştay Başsavcılığı:

Danıştay'da da Yargıtay'da olduğu gibi ayrı bir Başsavcılık teşkilatı bulunmaktadır. Ancak kanunun 2. maddesine göre Danıştay'ın yönetimi ve temsili başkana aittir. Danıştay Başsavcısı, Danıştay üyeleri arasından belli usule göre Danıştay Genel Kurulunca dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştay savcılarını kendilerine havale olunan dosyaları Başsavcı adına inceleyenler ve düşüncelerini davalarda 1 ay, yürütmenin durdurulması istemlerinde 2 gün içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler.

Başsavcı ise dava dosyalarını uygun göreceği ve görev ayrımına göre savcılara havale eder ve düşüncelerin zamanında bildirilmesini sağlar. Ayrıca kendi incelediği dava dosyaları hakkında düşüncelerini bildirir. Bunun dışında kanunlarla kendisine verilen diğer görevleri yapar.

### d. Danıştay'da Yapılacak İnceleme:

Bu başlık altında Danıştay'ın idare mahkemeleriyle vergi mahkemelerinden verilen son kararları ve keza ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülen davalarla ilgili son kararları temyizden inceleyip karara bağlamasının yanında, Danıştay'da görülen davaların niteliklerine kısaca değinmekte yarar vardır.

Bunlardan birisi "**iptal davasıdır**". Bu dava idarenin hukuka uygunluğunu sağlayan yollardan birisi olup, idarenin hukuka aykırı işlemleri bu yolla iptal edilmektedir. İptal davası açılabilmesi için idare tarafından bir haksızlığın yapılmış olması gerekmez. İptali istenen işlemle ilgisi bulunan herkese dava hakkı tanınmıştır (73). Bu davanın amacı idarenin tek yanlı hukuksal işlemlerinin hukuka uygun olup olmadıklarını saptamak ve aykırı olanları yapıldığı tarihten geçerli olmak üzere ortadan kaldırmaktır. İptal kararları idare bakımından yerine getirilmek zorundadır.

---

(73) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, a.g.e. Sh.351

Diğer dava türü ise “**tam yargı**” davasıdır. Bu dava ile idare hukuku alanında ihlal edilmiş bir hakkın yerine getirilmesi veya uğranılan zararın giderilmesi sağlanır. Görüldüğü üzere bu iki dava arasında farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin; tam yargı davalarında dava açabilmek için hakkın ihlal edilmiş olması gerekirken, diğerinde davacı ile işlem arasında genel bir ilişkinin bulunması yeterlidir. Bu konuların detayına girilmeyecektir.

Bu konuda son olarak değineceğimiz husus, önceki Danıştay Kanununun 30. maddesinde bahsedilen “yorum davası”. 2575 sayılı yasada yer almayan bu dava türü, “idari bir işlemin anlamı ve kapsamının tayini” için başvurulmuş bir yoldur (74). Ancak bunu idare yargıcının Anayasaya uygun yorumu ile karıştırmamak gerekir. Zira, İdare Hukuku ile Anayasa Hukukunun örtüştüğü alanlarda ve keza bazı yasalara karşı Anayasa Mahkemesine başvurma yolunun kapatılmış yahut sınırlandırılmış olduğu durumlarda idare mahkemesi yargıcı bu yola gitmektedir.

Nitekim, Danıştay 1961 Anayasası döneminde ve daha önce bu tür kararlar verdiği gibi, “1402 sayılı Kanunun 2. maddesinin uygulaması” ile ilgili olarak şimdiki Anayasa döneminde de Anayasaya uygun yorumu içeren önemli bir karar daha vermiş bulunmaktadır (75). Böylece Danıştay toplumda önemli yansımaları olan tikanıklıkların önünü de açmış ve yargısal işlev yönünden de önemli bir boşluğu doldurmuş olmaktadır (76).

#### **D- ASKERİ YARGITAY:**

Anayasa Mahkemesinin “yargı ayrılığı” olarak tanımladığı, adli-idari-askeri yargı yollarının ayrılması rejimini kabul eden ülkemizde, Askeri Yargıtay, Askeri Yargı alanında mevcut yargısal kuruluşların en üstünde yer almaktadır. Gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasalarında Askeri Yargıtay,

(74) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargı, 3. Bas. Sh.320

(75) Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurul Kararı 07.12.1989 tarih, K. 89/4. R.G. 09.02.1990

(76) Bu konuda Prof. AZRAK Ülkü, “İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu” başlıklı tebliği. Anayasa Yargısı 1993 Sh. 337. Prof. Dr. SAĞLAM Fazıl, “Yetki ve İşlev bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile ilişkisi” konulu tebliği. Anayasa Yargısı 1996 Sh.52

“Askeri Mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merci-  
idir.” şeklinde tanımlanmış, 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 1.  
maddesinde de “Askeri Yargıtay, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve diğer  
kanunlarla görevlendirilmiş bağımsız bir Yüksek Mahkemedir.” denilerek  
özellikle “bağımsızlığı” ve Yüksek Mahkeme oluşu açıkça vurgulanmıştır.

Askeri Yargıtay’ın, Askeri Yargı alanında mevcut olan bir Yüksek Mahke-  
me olduğu ifade edilirken, Askeri Yargı düzenine ve bu sistemin gelişimi-  
ne kısaca temas etmekte yarar görülmektedir.

Öncelikle şu hususu belirtmekte yarar görülmüştür. Önceden olduğu gibi  
bu gün de Ordu’ları bulunan bütün ülkeler, genel yargının yanında, genel  
yargıya göre daha özel bir konumda olan Askeri Yargı’ya sahip bulunmak-  
tadır. Bu tesbit ülkemizin de üyesi olduğu ve merkezi Brüksel’de bulunan  
“Uluslararası Askeri Ceza ve Savaş Hukuku Örgütü’nün faaliyet ve yay-  
ınlarından rahatlıkla anlaşılabilceği gibi, 05.04.1999 tarihinde, Türk  
Askeri Yargıtay’ının 85. Kuruluş yıldönümü nedeniyle Ankara’da düzenle-  
nen uluslararası Askeri Yargı sempozyumuna katılan çeşitli ülkelerin As-  
keri Yargıtay Başkanları ile yukarıda adı geçen örgütün şimdiki Başkanı  
Dr. Sepp YBEMA’nın sunmuş olduğu tebliğlerden de anlaşılmaktadır (77).

Adli Yargı-İdari Yargı ayırımını incelerken sorduğumuz soruya burada da  
dönersek, ayrı bir Askeri Yargı’nın var oluş nedeni nedir? Sorusunun cevabı-  
nı genellikle şu hususlar oluşturmaktadır (78).

- Askeri Yargı’nın gerekliliği, silahlı kuvvetlerin varlığı ile izah olunur. Çok özel kurallara bağlı ve onlarla birlikte oluşturulan ve sayıları yüz binler ve milyonlarla ifade edilen Ordu’ların varlığı bunun ana sebebini teşkil eder. Zira, Ordu’ların görevinin temelini teşkil

(77) Askeri Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Ankara, 1999 Sh. 75

(78) Prof. GLISSEN John, (Brüksel Üniversitesi)’un Ekim 1979 tarihinde Ankara’da toplanan 8. Uluslararası Askeri Ceza ve Savaş Hukuku Konferansına sunduğu genel rapor. Recueils de la Societe Internaitonale de Droit Penal Militaire et de Droit de la guerre, Bruxelles, 1981. C.1 Sh.27-161. Prof. Dr. ERMAN Sahir, Askeri Ceza Hukuku 7.Bas. Sh.306. Aynı yazarın, Askeri Yargıtay’ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunda sunduğu “Askeri Yargı” konulu tebliği. (As. Yargıtay’ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Ank.1994. Sh.44. Dr. AYHAN Önder, “Türk Hukuk Sisteminde Askeri Yargı” başlıklı tebliği. Sh.2. (As. Yargıtay’ın 75. Kuruluş Yıldönümü Yayını)

eden disiplinin bozulması ihtimali gözönünde tutularak böyle bir ihlalde disiplinin adil bir şekilde ve kısa sürede tesis edecek bir yargı mekanizmasına ihtiyaç vardır.

- Silahlı Kuvvetlerin kendine özgü prensiplerine dayalı olarak, adi suçların yanında "askeri suç"lar da oluşmuştur. Bunlara Askeri Yargı'da bakılmalıdır.
- Ordu birliklerinin stabil olmayıp hareketli oluşları, gerektiğinde yurtdışında ve diğer ülkelerde hizmet görmeleri, bu yerlerde bir yargı mekanizmasının bulunmasını zorunlu kılar.
- Ordu'nun ihtiyaç duyduğu disiplinin temininde, Ordu'nun kurallarını bilen ve bu konuda ihtisaslaşmış hakimlerden kurulu yargılama mekanizmasının daha faydalı olduğu tartışmasıdır,
- Savaş zamanında, Adliye Mahkemelerinin çalışamaz hale gelmeleri ihtimaline dayalı olarak, bu gibi zamanlarda geniş bir yetkiyle görev yapacak Askeri Mahkemelerin, daha barış zamanında kurulup çalışmaya başlamalarının daha faydalı olacağı açıktır.

Halen ayrı bir Askeri Yargı mekanizmasına sahip olmayan ülkeler gözden geçirilecek olursa, bu gibi ülkelerde iç barışı sağlamaktan öte giden bir askeri gücün esasen bulunmadığını görürüz. (Lüksemburg ve Monako gibi) Ayrıca 2. Dünya Savaşından sonra yapılan anlaşmalara bağlı olarak Almanya, Avusturya ve Japonya gibi ülkelerde bu kapsamda bir Askeri Yargı yerine disiplinler nitelikte bir askeri yargının mevcut olduğunu görmekteyiz.

Ülkemizde zaman zaman bu konuda değişik görüşler ortaya çıkmış ise de, bunun Askeri Yargı'nın varlığını değil esasen her ülkede, o ülkenin ihtiyaçları doğrultusunda farklı biçimlerde düzenlenen görev alanının sınırlarını konu aldığını görmekteyiz (79). Nitekim, Anayasa Mahkemesi verdiği bir kararda (80);

(79) Örneğin Anayasa Yargısı. 1996 Sh.171.

(80) Anayasa Mahkemesinin 14.02.1978 tarih ve E.1977/130. K.1978/13 sayılı kararı.

“Türk yurdunu ve Anayasa ile belirlenen T.C.’ni korumak ve kollamakla görevli Türk Silahlı Kuvvetleri, bu amaçla harp sanatını öğrenmek ve öğretmek görevini de üstlenmiş bulunmaktadır. İçten ve dıştan gelebilecek her türlü tehlikeye karşı sürekli olarak güçlü ve kuvvetli olmayı zorunlu kılan hayati nitelikteki bu görevler ve Askeri hizmetin özellikleri, silahlı kuvvetlerin her kademesinde üstün bir disiplin anlayışının ve örnek bir disiplin düzeyinin egemen olmasını da gerektirmektedir. Askerliğin temelini oluşturan disiplin, yasalara, nizamlara ve emirlere kayıtsız, koşulsuz itaat, astın ve üstün hukukuna uyma demektir. Türk Silahlı Kuvvetleri, Türk vatanının bağımsızlığının ve Türkiye Cumhuriyetinin varlığı ve sürekliliği ile doğrudan ilgili temel öğelerden biri olan disiplini korumak ve sürdürmek için, özel yasalarla cezai önlemler alınması, yine özel yasa ve nizamlarla, ayrıca yönetsel önlemler konması, çok eski geçmişe dayalı geleneklerimizin ve toplumumuzun bu alandaki ihtiyaçlarının bir sonucudur...” şeklindeki ifadeyle de bu görüş ve zarureti belirlemektedir.

Anayasa Mahkemesi, bu kararının diğer bir bölümünde de “Askeri Yargı”yı çok net ifadelerle şöyle belirlemektedir: “..Hukuk düzenini korumaya yönelik bir devlet faaliyeti olan yargı işlevini Anayasa Koyucu, Adli, İdari ve Askeri olmak üzere üç bölüme ayırmış, her bölümü ayrı bir Yüksek Mahkemeye bağlamak suretiyle üç ayrı yargı rejimi kabul etmiştir. Anayasanın adli yargı rejimi yanında 140. madde çerçevesinde nasıl idari yargı rejimi benimsenmiş ve Danıştay’ın görev alanı belirlenmişse aynı biçimde 138 ve 141. maddeleriyle de ayrı bir Askeri Yargı rejimi öngörülmüştür..”

Yukarıdaki istisnalar dışında gerek Anglo-Sakson hukuk sisteminde, gerek Kıta Avrupa’sı hukuk sisteminde ve gerekse eski sosyalist sistemde ayrı bir askeri yargı yolunun ve kurumlarının var olduğu açıkça görülmektedir.

Ülkemizde Askeri Yargının takip ettiği seyre kısaca baktığımızda şöyle bir manzara görmekteyiz: Önceleri, yerleşik düzene ve düzenli ordulara sahip ülkelerde görülen yapılanma, Osmanlı İmparatorluğu’nun kurulması ile birlikte, İmparatorluk yapısında da kendisini göstermektedir. Zira, İmparatorluğun daha kurulma halinde bulunduğu dönemden itibaren askerliğe verilen değer ve önem herkesçe bilinmektedir. Bu husus devletin kurul-

ma ve genişleme ve nihayet İmparatorluk olma düşünce ve gelişmesine uygun bir tarz olarak görüldüğü gibi, tarihsel kökeni itibari ile Türk ulusunun Ordu-Millet yapısında olmasının da etkisi bulunmaktadır.

Bu dönemde gerçek anlamda askerlerin yanında bütün kamu hizmetlerini ifa eden ve bu haliyle imtiyazlı oldukları görülen bir "askeri sınıf" mevcut olup bunların yargılanmasında ayrı bir usul gözetilirdi. Rumeli ve Anadolu "kazasker" leri, Divan-ı Humayun da askerlere ait tüm şer'i, hukuki ve örfi davalara bakmakta idiler. Daha sonra Yeniçerilik döneminde çıkarılan "Kanunname-i Yeniçeriyân" gereğince, suç işleyen askerlerle ilgili yargılama, mutlaka Yeniçeri Ocağında ve kendi üstleri tarafından yapılırdı. "Ağa Divanı" adıyla anılan ve Yeniçeri Ağasının başkanlığındaki bu kurul Ordu'nun disiplinine ait davalarla, Ordu mensupları arasındaki davalara bakmak yetkisini taşımaktaydı (81).

İslahat ve Tanzimat dönemlerinde, özellikle Yeniçeriliğin kaldırılmasından sonra kabul edilen 1837 tarihli "Kanunname-i Ceza-i Askeriye" ilk ceza ve yargılama usul kanunu olarak yayınlanmıştır. Bu kanunla daimi ve muvakkat "Divan-ı Harbi"ler bir Askeri Mahkeme görünümünde "Divan-ı Tecessüs" ler ise, üst derece bir Yargı ve denetim organı olarak kurulmuş ve Askeri Yargı alanında faaliyete başlamışlardı. Daha sonra 1857 tarihli Fransız Askeri Ceza Kanununun tercümesi ile 1869 yılında yürürlüğe giren "Askeri Ceza Kanunname-i Humayunu" ile, Divan-ı Harplerin kararlarını incelemek ve onaylanan kararları padişahın onayına sunmak üzere, "Dar-ı Şurayı Askeriye" adlı bir kuruluşa yer verilmiştir (82).

Meşrutiyet döneminde ise, Divan-ı Harplerin, yani Askeri Mahkemelerin kararlarının önce çeşitli meclisler, onların kaldırılmasıyla kurulan "mehakim şubesi", daha sonra da Harbiye nezaretinde kurulan "muhakemat dairesi" gibi idareye kısmen bağımlı organlar kanalıyla incelenip hükmeye bağlanması hususunun Meşrutiyet rejimiyle bağdaşmayacağı görüşü ile,

(81) Prof. Dr. MUMCU Ahmet, Osmanlı Devletinde Siyaseten Katil Ankara, 1963 Sh.55. Prof. Dr. ERMAN Sahir, Askeri Ceza Hukuku 7. Bas. Sh.10. Dr. AYHAN Önder, Türk Hukuk Sisteminde Askeri Yargı. Askeri Yargıtay'ın 75. Kuruluş Yılı Yayını. Sh.7.

(82) ÇOKER Fahri, Askeri Yargıtay'ın Tarihçesi, Askeri Adalet Dergisi. 1966 S.10, Sh.39. Prof. Dr. ERMAN Sahir, Askeri Ceza Hukuku 7. Bas. Sh.308

06.04.1914 tarihinde İstanbul'da "Divan-ı Temyiz-i Askeri" adı altında, Divan-ı Harplerin kararlarını temyizen incelemek üzere bir mercii kurulmuş ve ülkemizdeki Askeri Yargıtay'ın temelini de bu kuruluş oluşturmuştur.

Bu kısa açıklamalardan anlaşılacağı gibi, ülkemizde de ayrı bir Askeri Yargı yolu ve kurumları mevcut olup, bu günde esas olarak bu sistem Anayasalar ile korunmaktadır.

#### a. Kuruluşu ve Nitelikleri :

Askeri Yargı'nın ve Yargı organlarının kuruluşlarına hakim olan sistemlere bakılınca, bunların "Bağımsızlık" ve "Hakim Güvencesi" esasına dayalı olduğu görülmektedir. Özellikle de son 20 yılda hemen her ülkede ve her derecedeki Askeri Mahkemelerde hukukçu üyelerin sayı ve önemi artmış hatta adli yargıya mensup, yani asker olmayan hakimlerin, bazen İtalya'da olduğu gibi sürekli, bazen de ülkemizde olduğu gibi geçici olarak (1402 sayılı Sıkı Yönetim Kanunu uyarınca Adli Yargı Hakim ve Savcılarını gerek sıkı yönetim mahkemelerinde ve gerekse Askeri Yargıtay'da görevlendirilmeleri mümkündür.) Askeri Yargı organlarında görev yapmalarını sağlanmıştır.

Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerde özellikle barış zamanında Askeri Mahkeme kararlarına karşı bir üst mahkemeye başvurulması yolu kabul edilmiştir. Bunun için bazı ülkelerde ayrı bir Askeri Yüksek Mahkeme kurulmuştur. Ancak, ileride de değineceğimiz gibi bazı ülkelerde ayrı bir Askeri Yargıtay kurulmuş olmayıp, İtalyan sisteminde olduğu gibi bu denetim Yargıtay bünyesinde yerine getirilmektedir (83). Bu denetim için ayrı bir Askeri Yargıtay kurulmasını kabul eden ülkeler arasında yer alan ülkemizin bu kabulünün tarihsel dayanaklarına yukarıda işaret etmiştik. Mevcut durum ise, hukuki temel ve nitelikleriyle Askeri Yargıtay'a, Askeri Yargı alanında en ileri derecede bağımsızlık tanıma düşüncelerinin bir sonucu olarak görülmektedir. Esasen Anayasa Mahkemesi "Askeri Yargıtay öncelikle ve üstün yanıyla bir Yüksek Mahkemedir.

---

(83) Prof. Dr. Erman Sahir, Askeri Yargı. As Yargıtay'ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Ankara, 1994 Sh. 46. Dr. SCANDURRA Giuseppe. (İtalya as.Yargıtay Savcısı) İtalya Askeri Yargısı. Aynı eser. Sh. 135.



Askeri bir kuruluş oluşu ondan sonra gelir ve ikinci alanda kalır.” Saptaması ile bu özelliğe dikkat çekmektedir (84).

Askeri Yargıtay, diğer Yüksek Yargı kuruluşları gibi önce 1961 Anayasası ile düzenlenmiş ve bu Anayasada sayılan dört Yüksek Mahkemeden birisi olarak tanımlanmıştır. Burada, 1982 Anayasasında da tekrar edildiği gibi, Askeri Yargıtay’ın “Askeri Mahkemelerce verilen karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu ve ayrıca kanunda gösterilen Askeri İşlere ait belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı” ifade olunmuştur.

Anayasamızın 156. maddesinde, niteliği ve görevi bu şekilde formüle edilen Askeri Yargıtay’ın üyelerinin seçiminde Anayasa koyucu farklı bir yöntem izlemiştir. 1961 Anayasasında da yer alan bu sisteme göre, Askeri Yargıtay üyeleri 1. sınıf Askeri Hakimler arasından, As Yargıtay Genel Kurulunun üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için göstereceği üçer aday içinden Cumhurbaşkanınca seçilecektir. Yani bu seçim Cumhurbaşkanınca, As Yargıtay Genel Kurulunun seçeceği üç misli aday arasından yapılacaktır. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bu seçimle bir ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca 1600 sayılı As. Yargıtay Kanununun 12. maddesine göre, üye adaylarının en az “Yarbay rütbesinde” birinci sınıf Askeri Hakim olması gerektir. Askeri Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, 2. Başkanı ve daire Başkanları ise, Askeri Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem esasına göre atanacaktır.

Gerek üyelerin seçimi ile ilgili gerekse Başkan ve 2. Başkan, Başsavcı ve Daire Başkanının seçimlerinde, 1961 Anayasasının ilk şekli ile 1982 Anayasası arasında önemli farklar bulunmaktadır. 1961 Anayasasının ilk şeklinde, As. Yargıtay üyeleri ile Başsavcısının, “Hakimlik niteliğine sahip 40 yaşını bitirmiş ve en az 10 yıl Askeri Hakimlik veya Savcılık yapmış” kişiler arasından, genel kurul ve Cumhurbaşkanınca seçileceği, Başkan, 2. Başkan ve Daire Başkanlarının ise bizzat Askeri Yargıtay’ca seçileceğine ilişkin hükümler, bu Anayasanın 1971 tarihinde 1488 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle değiştirilerek, yukarıda belirtilen bugünkü halini almıştır.

(84) Anay. Mah. 10.01.1974 gün ve E. 1972/49, K. 1974/1 sayılı kararı. R. G. 24.06.1974

Keza, 1961 Anayasasının ilk şeklinde, As. Yargıtay'ın kuruluş, işleyişi, yargılama usulleri ve üyeleri hakkındaki disiplin işlerinin "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı" esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüş iken bu Anayasanın 1488 sayılı yasa ile yapılan değişikliğinde, bu kıstaslara, "Askerlik hizmetlerinin gerekleri" unsuru da eklenmiştir. Bu düzenleme 1982 Anayasasında da aynı şekilde yer almaktadır.

Kendi varlık ve sorunlarını ilgilendirdiği için 1961 Anayasasına göre, Anayasa Mahkemesine dava açma ehliyeti bulunan As. Yargıtay Genel Kurulunun, çeşitli nedenlere dayalı olarak açtığı bir dava sebebiyle, "Askerlik hizmetlerinin gerekleri" kıstası, Anayasa Mahkemesince ayrıntılı olarak incelenmiş ve bu değişikliğin kendi başına bir yeniliği ve önemi olmadığı açıklanarak:

.. (askerlik hizmetlerinin gerekleri) kavramının niteliğini ve etki alanını açıklığa kavuşturmanın büyük önemi vardır. Bu kavram salt ve soyut olarak ele alınırsa isabetli bir sonuca varılması beklenmemelidir. Çünkü kavramın, bir Askeri Birlikte ve bir Askeri Yargıtay'da eşit ağırlık ve kapsamla uygulama alanına konulabilmesi tasavvur dahi edilemez. Askerlik hizmetlerinin gereklerinin en başında bir disiplin, astlık-üstlük, buyurma-buyruğa uyma ilişkileri, rütbe ile sınırlanmış yetkiler düzeni gelir. Adli, İdari ve Askeri Yargı arasında bir ayırım gözetmeksizin, yargı yetkisinin millet adına bağımsız mahkemelerce kullanılması genel ilkesini benimsemiş, (Anayasa Md.7) mahkemelerin bağımsız olmalarını ve hakimlerin teminat altında bulundurulmalarını hem genel olarak ve hem de İdari Yargı, Askeri Yargı ve üstelik Askeri Yargıtay yönünden bir Anayasal zorunluluk olarak ayrı ayrı belirlemiş, (Anayasa Md. 132, 133, değişik 138, 140,141, insanlarına...dayanan, demokratik.. hukuk devleti) yapısı içinde mahkeme kavramının, askerlik hizmetinin olağan ağırlık ve kapsamı içinde uygulanacak gerekleri ile uyuşmasına olanak bulunmadığı ortadadır.." denilmiş ve bilahare de Askeri Yargıtay'ın konumu ve nitelikleri ele alınarak;

"Askeri Yargıtay, öncelikle ve üstün yanılla bir Yüksek Mahkemedir, askeri bir kuruluş oluşu ondan sonra gelir ve ikinci alanda kalır. Burada askerlik hizmetinin gerekleri, ancak mahkemelerin bağımsızlığına ve bu bağımsızlığın güvencesi, dayanağı olan hakimlik teminatına dokunmadığı

sürece ve o oranda söz konusu olabilir. Başka bir deyimle bu mahkemenin anayasal yapısı karşısında (askerlik hizmetinin gerekleri) nedenine dayanılarak bağımsızlığın ve hakimlik teminatının zedelenmesine yol açılması hukukça savunulabilir bir tutum olamaz. Askeri Yargıtay'ın bağımsızlığını ve hakimlik teminatını koruyacak güvenlik alanının sınıra dayandığı anda askerlik hizmetlerinin gerekleri durur, durdurulur, artık işlenmemesi, işletilmemesi gerekir.” denilmek suretiyle de Askeri Yargıtay'ın Anayasal ve bağımsız bir Yüksek Mahkeme niteliği ortaya konulmuştur (85).

Yargıtay kuruluşunda olduğu gibi, 1600 sayılı Askeri Yargıtay Kanununun 2. maddesine göre As. Yargıtay, “Başkanlık, Başsavcılık, 5 daire ile bu kanunda gösterilen kurullar ve hizmet ünitelerinden” teşekkül eder. Üyelerinin tamamı en az Yarbay rütbesinde 1. sınıf Askeri Hakimlerden oluşan Askeri Yargıtay'ın Başkan, Başsavcı ve 2. Başkanının kadroları General olup, daire başkanları ise Albay rütbesindeki hakim subaylardır. Bunların mevcut üyeler arasından rütbe ve kıdem esasına göre atanmaları hükmü getirilmiş, dolayısıyla ayrıca bir seçim öngörülmemiştir. Her daire, 1 başkan ve 6 üye ile kadroları miktarınca tetkik hakiminden oluşur. Daireler Kurulu ise, As. Yargıtay Başkanının Başkanlığında, 2. Başkan ve Daire Başkanları ile üyelerden oluşan 15 kişilik bir kuruldur. Bu kurul, Yargıtay'daki Ceza Genel Kurulunca eş değer nitelikte bir kuruluş olarak düşünülmüştür.

Başsavcılıkta ise Başsavcıya bağlı olarak, As. Yargıtay'a gelen dosyaları incelemekle görevli Başsavcı yardımcıları bulunur. Gerek Başkan ve gerekse üyeler ve Başsavcı yardımcılarının tümü “Askeri Hakim” lerden oluşmaktadır. Bunların dışında 1402 sayılı sıkı yönetim kanununun uygulandığı hallerde Adli Yargı mensubu Hakim ve Savcılar da burada Tetkik Hakimi yahut Başsavcı Yardımcısı olarak görevlendirilebilirler. (Anayasa Mah. 145)

Askeri Yargıtay Başkan, Başsavcı ve üyeleri esasen 1. sınıf hakim ve üye oldukları için, hiçbir şekilde sicil almazlar, atama işlemine tabi tutulmaz-

(85) Any.Mah. nin 10.01.1974 tarih ve E.1972/49, K. 1974/1 sayılı kararı. R.G. 24.06.1974 gün ve 14925 sayılı.

lar ve yaş hadlerinden önce emekliye ayrılamazlar. Ayrıca kendilerine başkaca bir görevde verilemez. Son olarak Askeri Hakimlerin (As. Yargıtay ve AYİM üyeleri dışında) yaş hadlerinden önce “kadrosuzluk” nedeniyle emekli edilebilmelerine olanak sağlayan yasa hükmü Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir (86).

### b. Görevleri:

Anayasanın 156. maddesinde ve 1600 sayılı kanununun 16. maddesinde Askeri Yargıtay’ın görevleri genel olarak;

- Askeri Mahkemelerden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararları son yargı yeri olarak inceleyip karara bağlamak,
- Askeri Yargı’da kanun hükümlerinin ve hukuk kurallarının uygulanmasında birliği sağlamak, gerektiğinde kurulları arasında beliren içtihat uzlaşmazlıklarını birleştirmek.
- As. Yargıtay Başkanı, Başsavcısı, 2. Başkanı, Daire Başkanları ve üyelerinin Askeri Yargı’ya tabi şahsi suçlarına ilişkin ceza davalarına ve kamu davası ile birlikte bu suçlardan doğan istirdat ve tazminat davalarına ilk ve son yargı yeri olarak bakmak, olarak belirlenmektedir.

Bu görevler, öncelikle Daireler ve bilahare “Daireler Kurulu” ile “İçtihatları, Birleştirme Kurulu” tarafından yerine getirilir. Daireler Kurulu;

- Askeri Mahkemelerden verilen direnme kararları ile As. Yargıtay Dairelerinden çıkan kararlara karşı Başsavcılıkça yapılan itirazları inceleyip karara bağlamak,
- İlk derece mahkemesi olarak As. Yargıtay dairelerince verilmiş bulunan kararların, temyiz yolu ile incelemesini yapmak, görevlerini haizdir. Daireler Kurulu kararları, incelenen noktalarda hem mahkemeyi ve hem de As. Yargıtay Dairesini ilgili dosya bakımından bağlamakta, bu kararlar nitelikleri itibariyle de Askeri Yargı’da uygulama birliğinin sağlanmasında önemli rol oynamaktadır.

(86) Any.Mah.nin 14.12.1998 tarih ve 1998/39-78 sayılı kararı. R.G.11.05.1999

İçtihatları Birleştirme Kurulu, As. Yargıtay Başkanının başkanlığında, Başsavcı ve 2. Başkan dahil tüm daire başkanı ve üyelerden oluşmaktadır. Bu kurul kanunda belirtilen biçimde, içtihat uyumsuzluklarını giderir ve tüm Askeri Yargı'da uygulanması zorunlu nitelikte karar verir.

Burada dikkati çeken bir husus da şudur:

Gerek 1600 sayılı As. Yargıtay Kanunu'nun 16 ve gerekse 1602 sayılı AYİM Kanununun 33. maddesi uyarınca, bu Yüksek Mahkemelerin başkan ve üyelerinin Askeri Yargı'ya tabi şahsi suçlarından dolayı Askeri Yargıtay'da, Adli Yargı'ya tabi olan şahsi suçlarından dolayı da Yargıtay'da yargılanacaklardır. Ancak, diğer Yüksek Mahkeme üyelerinin "Askeri Yargı'ya tabi" şahsi suçlarının yargılama mercii hakkında kendi özel yasalarında benzer bir düzenleme yer almadığı için, bu tür bir yargılamanın ilk derece Askeri Mahkemelerde yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. Zira bilindiği gibi Anayasanın 145. maddesine göre, Askeri Yargının bazı özel durumlarda asker olmayan kişileri yargılama yetkisi de bulunmaktadır. Bu konuya kısaca değinmek gerekirse, bunu 4 gurupta toplamak mümkündür:

- Anayasanın 145. maddesinin belirttiği özel kanunlardan birisi As. Ceza Kanunu, diğeri de 353 sayılı As. Yargılama Usul Kanunudur. Bu kanunun 12. maddesine göre askerlerle sivillerin müştereken suç işlemesi halinde, bu bir askeri suç ise yargılama tüm sanıklar bakımından askeri yargıda yapılacaktır.
- Askeri yargının sivilleri yargılama yetkisi genellikle 2. Dünya Savaşı sırasında uygulanmaya başlamıştır. Zira, 353 sayılı kanunun 11/a maddesinde de yazılı ve sivilleri askeri yargıya tabi kılan suçların büyük bölümü, 1940 yılında yasaya giren (As.C.K.nın 55 ve takip eden maddeleri) "Harp hıyaneti, milli müdafaya hıyanet, sabotaj, casusluk" gibi suçlarla askeri isyan ve buna önyak olma suçlarıdır. Bunlardan bir kısmı sadece seferberlik veya harp halinde işlendiği zaman As. Yargıya tabiidir. Ancak genelde bu suçları işleyen siviller Askeri Mahkemede yargılanır.

1971 Anayasa değişikliğine paralel olarak As.C.K.nın Ek.6 ve 353 sayılı kanunun 11/B-C maddelerinde yazılı, Askeri mahallerde as-

kerlere veya görevleri sırasında Askeri güvenlik görevlilerine karşı işlenen haraket, tehdit, mukavemat ve taaruz suçları, nedeniyle siviller As. Yargıya tabi olmaktadır.

- Anayasanın 122 ve 145. maddelerine göre Sıkıyönetim Kanun'unun 1402 sayılı 13,14 ve 15. maddelerinde yazılı olan suçları inceleyen siviller Sıkıyönetim As. Mahkemelerinde yargılanacaklardır.

Bazı batı ülkelerinde de var olmakla beraber, (Örneğin; ABD ve İngiltere'de ülke dışında görevli bulunan asker kişilerin yanlarındaki sivillerin işledikleri suçlar, İspanya'da As.C.Kanununda yazılı suçları işleyen siviller, Macaristan'da sadece askerler değil bunların dışında belli bir disipline bağlı bulunan diğer kamu görevlileri gibi) bu yetkinin, genellikle harp zamanında kullanıldığı barış zamanında sivillerin askeri yargıya tabi olmadığı anlaşılmaktadır. Ülkemizde genellikle eleştiriye tabi tutulan böyle bir yetkinin (örneğin; 97'nolu dip not) ülke'nin ihtiyaçları gözönünde tutulmak kaydıyla AİHM kararları da gözetilerek yeniden değerlendirilmesinin zorunlu ve faydalı olacağı kuşkusuzdur.

Bu bölümde bir başka görüşe de değinmekte yarar vardır. Özellikle Yargıtay'dan kaynaklanan (Örneğin; 12'nolu dip not da bahsedilen Yargıtay 1. Başkanının görüşleri) bu düşüncelere göre; Ülkede "tek bir Yüksek Mahkeme" daha yararlı olacak ve yargı birliğini sağlayacaktır. Bunu uygulayan ülkeler olduğu gibi, örneğin; ABD, yargı yolu ayrılığını uygulayan pek çok ülke de bulunmaktadır. Zira bu konu tarihsel ve sosyolojik temellere dayalı bir toplumsal ve Anayasal tercih sorunudur. Askeri Yargı alanında da , bu bölümde verilen bazı örneklerde de görüleceği gibi farklı sistemler bulunmaktadır. Örneğin; Türkiye gibi ayrı bir Askeri Yargı ve ayrı bir Yüksek Mahkemeye sahip olan ülkeler yanında bu denetimi istinaf düzeyinde tutan veya genel yargıtay bünyesinde çözümleyen ülkeler de bulunmaktadır.

Türkiye'nin, bu görüşlerin aksine Yargı yolları açısından "Yargı ayrılığı" sistemini kabul ettiğini, bunun tarihi ve sosyolojik sebeplerini ve Anayasa Mahkemesinin bununla ilgili karar ve görüşlerini yukarıda (Sh.8) açıklamıştık. Ülkede yaklaşık 150 yıldır uygulanan Adli-İdari-Askeri Yargı yolları farklılığının, toplumsal ihtiyaçlara uygun ve Anayasal ve toplumsal

bir tercihin sonucu olduğu gibi zamanımızdaki “ihtisaslaşmaya” uygun olduğu da tartışmasızdır. Ayrıca bir kurumu kaldırmak veya bir başkasıyla birleştirmek için, ya hizmetlerine ihtiyaç kalmaması veya görevinde başarısız olması gerekir. Bu açıdan bakıldığında gerek kararları ve gerekse görev anlayışıyla ülke içinde ve dışında yargı camiasının, hukukçuların ve akademisyenlerin daima olumlu tepkilerini alan Askeri Yargıtay’ın, Yargıtay ile birleştirilmesi istemi geçerli ve kabul edilebilir bir temele dayanmayacaktır. Keza, böyle bir birleşme, ülkemizde Yargıtay’ın bilinen iş yükünü daha da artırarak adaletin daha da gecikmesine yol açabileceği gibi Askeri Mahkemelerin ve Askeri Yargı’nın varlığı ve keza İdari Yargının ve İdari Yargı organlarının da varlığı nedeniyle de, Yargı birliğini sağlamayacaktır. Kaldı ki; Askeri Yargının “geciken adalet” e tahammülü yoktur, Ordu’da bozulan disiplinin süratle yerine getirilmesi esas olup, Askeri Yargı’nın varlık nedenlerinden birisi de budur.

Görüldüğü üzere, gerek hukuksal temeli, gerek nitelik ve fonksiyonları ve gerekse görevleri, Askeri Yargıtay’ın Anayasada belirlenen diğer Yüksek Mahkemelerden farksız ve onlarla aynı konumda oluşunu ortaya koymaktadır. Esasen bir başka Yüksek Mahkeme başkanının da söylediği gibi, Yargının başı yok, kolları vardır. Astlık-üstlük yok, eşitlik vardır. (87) Askeri Yargıtay’da Askeri Yargı yolunda kurulu bir Yüksek Mahkemedir. Anayasamızın kabul ettiği sistemde budur.

### c. Diğer Bazı Ülkelerdeki Durum:

“Uluslararası Askeri Ceza ve Savaş Hukuku” örgütü önceki başkanlarından Dr. GILISSEN’in örgütün 1979 Ankara Kongresinde sunduğu genel rapora göre: Yargıtay’dan ayrı olarak ilk derece Askeri Mahkemelerinin kararlarını incelemek üzere, Askeri Yargıtay kuruluşuna sahip olan ülkeler: Türkiye, İsviçre, Arjantin, Venezuela, Tayland, Suriye, Tunus, Fildişi sahili ve Madagaskar olarak sayılmıştır. Askeri Yargıtay’ın istinaf mahkemesi biçiminde kurulduğu ve yargısal denetimle görevlendirildiği ülkeler ise: İspanya, Portekiz, Güney Afrika, Güney Kore, Meksika, Filipinler, Sudan ve Diğer Afrika ülkeleri olarak belirtilmiştir. Buna karşın, ayrı bir As-

(87) ÖZDEN Yekta Güngör, (Anayasa Mah. önceki başkanı) 1992 Adalet Yılı açılış konuşması

keri Yüksek Mahkeme olmaksızın, Askeri Mahkemelerin kararlarına karşı, İtalya, Rusya, Çin Halk Cumhuriyeti ve Polonya'da Yargıtay'ın özel bir dairesinde, Fransa, Belçika, Yunanistan, Cezayir ve Hollanda'da ise genel Yargıtay'da temyiz incelemesi yapılmaktadır. Amerika ve İngiltere gibi ülkelerde ise durum daha farklıdır. Federal bir yapıya sahip olan ABD'de Federal Yüksek Mahkeme, ülkenin bu düzeydeki tek Yüksek Mahkemesidir (88).

Bu günkü bazı örnekler bakacak olursak; bu örnekleri, Askeri Yargıtay'ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu ile 85. Kuruluş Sempozyumuna katılan ABD, İngiltere, İspanya, İtalya, Belçika, Almanya, Macaristan, Bulgaristan ve Azerbaycan Askeri Yargı kuruluşları başkan veya temsilcilerinin sundukları tebliğlerden (89) ve Haziran 1999 tarihinde Macaristan'da yapılan "4. Uluslararası Askeri Ceza Konferansı" bildirilerinden tesbit etmek mümkündür.

#### ca. Amerika Birleşik Devletleri:

Anglo-Sakson hukuk sistemine tabi yargılama organlarına sahip olan bu ülkede, Askeri Mahkemeler (The Court Martial) üç grupta toplanmaktadır (90). Bunlar, dar yetkili mahkeme, (Summary Court Martial), Özel Yetkili Askeri Mahkeme (Special Court Martial) ve Genel Yetkili Askeri Mahkeme (General Court Martial)'dir. Bunlar, kuruluş ve görev sınırları itibariyle birbirinden farklı olup, her kuvvet bünyesinde (Kara, Hava ve Deniz) ayrı ayrı faaliyette bulunurlar. Ölüm cezası dahil tüm cezaları verebilen bu mahkemelerin kararlarına karşı, ABD'de yine üçlü bir sistem mevcuttur. Bunlar;

- (88) Prof. Dr. ERMAN Sahir, Askeri Ceza Hukuku. 7. Bas. Sh.485. Dr. GLISSEN John. 1979 Ankara Kongresine sunulan rapor. (Nail Sucu tarafından yapılan çevirisi, "Askeri Hukukun bu günkü evrimi üzerine genel Bildiri II" başlığı altında Yargıtay Der. 1982 Temmuz sayısında yayınlanmıştır.) Ayrıca, KÖPRÜ Orhan, "As. Yargı konulu yayınlanmamış yüksek lisans tezi.
- (89) Askeri Yargıtay'ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu Yayın Ank. 1994. Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu. As. Yargıtay Yayınları Ank. 1999. 4. Uluslararası Askeri Ceza Konferansı. Budapeşte tebliğleri henüz yayınlanmamıştır.
- (90) EGELAND.M.Andrew. Major General US Deputy judge Advocate General. ABD. Askeri Yargı Sistemi. a.g.e. Sh. 97. Prof. Dr. ERMAN Sahir, As.Ceza Hukuku 7. Bas. Sh.484



- Court Of Military Review: Bunlar, dar bölgesi ve özel askeri mahkemelerden verilen kararları incelerler.
- Military Courts of Criminal Appeals: ABD Askeri İstinaf Mahkemesi olarak da adlandırılan bu mahkeme genel askeri mahkemelerden verilen kararlarda duruşma tutanaklarının, verilen hüküm ve cezaları teyit edip etmediğini inceler.
- US.Court of Appeals for the Armed Forces: ABD silahlı kuvvetleri temyiz mahkemesi olarak adlandırılan bu mahkemeye bir önceki denetimde aleyhine hüküm kurulan sanığın müracaat etmesi mümkündür.
- US. Supreme Court: Askeri istinaf mahkemelerinin kararlarına karşı ABD'de tüm yargı yolunda olduğu gibi son olarak Federal Yüksek Mahkemeye başvurulabilir. Federal Yüksek Mahkeme ülkenin en yüksek yargı kuruluşudur.

#### cb.İngiltere:

İngiltere'de de ABD'de olduğu gibi Askeri Yargının İngiltere içinde ve dışında görev kapsamı değişik olup, ülke dışında bu yetki çok genişlemekte ve sivilleri de kapsamı içersine almaktadır (91). Bu ülkede de Askeri Mahkemeler üç tiptir. Bölge Askeri Mahkemeleri (A.District Court-Martial-DCM), Genel Askeri Mahkemeler (A.General Court-Martial-GCM) ve nihayet Genel Alan Askeri Mahkemeleri (A Field General Court-Martial FGCM) yine kuruluş ve görevleri itibariyle birbirlerinden ayrılırlar. Bunların yetkileri sivil ceza mahkemeleriyle aynıdır ve bu mahkemelerde subaylar juri olarak yer almakta olup, Askeri Hakim, bir Hakem gibi ve "judge of the law", olarak yer alır.

Bu kararların denetimine gelince; Askeri Mahkemelerden verilen her karar, kara kuvvetlerinde kıdemli subay olan bir inceleme subayına gönderilir. (Reviewing officer) bu kişiye adli müşavir tavsiyelerde bulunur. Bundan sonra sanığın tüm sivil ceza mahkemelerinin temyizlerinin gönderil-

(91) RANT.W.James. UK. Judge Advocate General of. Her Majesty's Forces (Army&RAF) İngiltere Askeri Yargısı. a.g.e.Sh.123. ERMAN Sahir, As Ceza Hukuku 7. Bas. Sh.484

diği sivil temyiz mahkemesine gitme hakkı vardır. Bu nedenle temyiz konusunda asker kişi bir sivil ile aynı haklara sahiptir.

### cc.İspanya:

İspanya'da 1985 yılında yapılan yargı reformu sonunda Askeri Mahkemeler birleştirilmiş ve genel olarak Bölge Askeri Mahkeme (5 adet) (Military Area Courts) ve Merkezi Askeri Mahkeme (Military Central Court) olmak üzere (tüm ülkede yetkili) iki çeşit Askeri Mahkeme kuruluğu öngörölmüştür (92). Askeri Mahkemeler barış zamanında Askeri Ceza Kanununda belirtilen ve asker olan ve olmayan kişiler tarafından işlenen suçlarla sıkıyönetim döneminde kanunun belirttiği suçlar ve uluslararası anlaşmalarla öngörölen ülke dışında işlenen suçlara bakmaktadırlar. Bu mahkemeler asker ve sivil hukukçulardan oluşmaktadır.

Askeri Mahkeme kararlarına karşı son olarak İspanya Yüksek Mahkemesinin askeri dairesine (6 nolu daire) (Supreme Court's Military Court) başvurulabilir. Bu daire 4 sivil ve 4 askeri hakimden oluşmaktadır.

### cd.Macaristan:

Bu ülkede çeşitli reformlardan sonra Askeri Mahkemeler tugay ve tümen düzeyinde ve Bölge Askeri Mahkemeleri olarak örgütlenmiştir (93). Bunların verdikleri kararlara ise Yüksek Mahkeme Askeri Heyeti ve daha sonrada Yüksek Mahkeme Başkanlık Komitesi (Supreme Court's presidential Committee) tarafından temyizen bakılmakta idi. 1992 yılında örgüt biçimi değiştirilerek Merkez İlçe Mahkemeleri içinde 5 tane Askeri Mahkeme kurulmuştur. (Military Tribunals) bu mahkemelerde Askeri Yargıçlar görev almaktadır. Bu mahkemelerin verdikleri kararlara karşı Yüksek Mahkemeye temyiz başvurusunda bulunulabilmektedir. Macaristan Askeri Başsavcısı ise Yüksek Mahkeme nezdinde bulunmaktadır.

---

(92) BAZAN Ramirez Gonzalo Francisca, Military Judge in Spain. İspanya Merkez Askeri Mahkemesi Başkanı. İspanya Askeri Yargısı. As Yargıtay'ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Yayını. Ank. 1994. Sh.61.

(93) KOVACS Tamas (Lt-Gen) Hakim Korgeneral, Macaristan Yüksek Mahkemesi Askeri Başsavcısı

**ce.İtalya:**

İtalya hukuk sisteminde de Adli, İdari ve Askeri Yargı yolları ayrılmıştır (94). Yani yargı fonksiyonu birden fazla organ tarafından yerine getirilir. Askeri Yargıda sistem, askeri mahkemeler, askeri istinaf mahkemesi ve Yargıtay'dır. Askeri Mahkemeler 2'si askeri hakim , 1 tanesi de kıta subayı olan 3 kişiden kurulur ve İtalya'nın dokuz ayrı bölgesinde askeri mahkemeler vardır. Askeri mahkemelerin kararlarına karşı askeri istinaf mahkemesine başvurulabilir. 3'ü askeri hakim, 2'si kıta subayı olmak üzere 5 kişiden kurulan askeri istinaf mahkemesinin merkezi Roma'dadır. (The Military Court of Appeals) ancak bunun birisi Kuzey İtalya'da (Verona), diğeri de Güney İtalya'da (Napoli) de olmak üzere iki dairesi vardır ve o bölgelerdeki Askeri Mahkeme kararlarını incelemekle görevlidirler.

Bu mahkemelerin kararlarına karşı ise Yargıtay'a başvurulabilir. Yargıtay'ın görevli bir dairesi bu konudaki başvuruları ve davaları temyizen incelemekle görevlidir.

**cf.Fransa:**

Fransa'da Askeri Yargı, "Ordular Nezdinde Askeri Mahkemeler" ile "Silahlı Kuvvetler Daimi Mahkemeleri" tarafından yürütülmektedir (95).

Bunların üzerinde bulunan Askeri Yargıtay ise 1965 yılında kaldırıldığı için Askeri Mahkemelerden verilen bu kararların inceleme mercii Yargıtay'a bırakılmıştır.

**cg.Bulgaristan:**

Bu ülkenin 4 ayrı Askeri Yargı bölgesine ayrılıp her bölgede Askeri Mahkemelerin kurulması ve bunların kararlarına karşı temyiz organı olarak

(94) Dr. İNTELISANO Antonino. İtalya Yargıtayı Nezdinde Askeri Savcı Dr. SCANDURRA Giuseppe. İtalya Askeri İstinaf mahkemesi As. Savcısı, İtalya Askeri Yargısı konulu tebliğ. As. Yargıtay'ın 80. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu As. Yargıtay Yayınları. Ank. 1994. Sh.135

(95) Prof. Dr. ERMAN Sahir, As. Ceza Hukuku 7. Bas. Sh.482  
Ayrıca, Uluslararası Askeri Ceza ve Savaş Hukuku 1979 Ankara Konferansına sunulan Fransız Askeri Yargı Raporu ve aynı kongredeki GLISSEN Genel raporu.

da “Yüksek Askeri Temyiz Mahkemesi” kurulması ile gerçekleşen Askeri Yargı sistemi 1998 yılındaki yargı reformuna kadar devam etmiştir (96). Bu reformla ülkede 3 safhali yargı düzeni tesis edilmiş ve Adli-İdari-Askeri Yargı yollarında Bölge Mahkemesi, Vilayet Mahkemesi ve Askeri Mahkemeler kurulmuş ve itiraz mercii olarak da “Vilayet, istinaf ve askeri istinaf mahkemeleri” kuruluşları gerçekleştirilmiştir. Tek temyiz mercii ise “Yüksek Temyiz Mahkemesi” dir. (Supreme Court of Cassation) yani bu kurum, ülkedeki tek Yüksek Mahkemedir.

Bu örneklerden de görüldüğü gibi; bütün ülkelerin ayrı bir “Askeri Yargı” ya sahip oldukları, ancak gerek mahkeme kuruluşları ve gerekse denetim organları açısından farklılık gösterdikleri, ülkedeki genel hukuk sistemine de paralel olarak ve ülkenin ihtiyaçlarına göre Askeri Yargıda denetim mekanizmasının da çeşitli biçimlerde yapılandırıldığı anlaşılmaktadır.

Ülkemizdeki sistemde denetim organı olarak var olan Askeri Yargıtay, gerek görev ve nitelikleri ve gerekse verdiği kararlarla, yapılan sempozyumlarda yabancı ülke temsilcilerinin de olumlu tepkilerini almış ve bu konuda 85. Yıl Sempozyumunun değerlendirilmesinde; Askeri Yargı’nın genel Yargı’dan daha fazla olarak ülkelerin geleneklerinin ve askeri güçlerinin etkisi altında olmaları sebebiyle Türkiye’deki sisteminde, Türkiye’nin şartlarının ve ihtiyaçlarının sonucu olduğu belirtilerek; bu sistemin “Türkiye’nin geleneklerine uygun ve özellikle mensuplarına tanımış olduğu haklar itibariyle, insan hakları itibariyle de ileri derecede bir sistemdir, bu sistem iyi de çalışıyor yani mahkemeleriyle, Yargıtay’ıyla, bizim ülkemizde iyi çalışan bir yargısal sistem halindedir...” denilmiştir (97).

### **E – ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİ:**

Asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimini yapmak üzere, 1961 Anayasası’nın 1971 yılında yapılan değişikliğinde, “Danıştay”

---

(96) RAYMUNDOV P.I. Bulgaristan Askeri İstinaf Mahkemesi Başkanı. “Bulgaristan Cumhuriyetinde Askeri Yargı Düzeni” başlıklı tebliğ. As. Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyum Yayını. Ank. 1999 Sh.189.

(97) Ord. Prof. DÖNMEZER Sulhi, As. Yargıtay’ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumunun değerlendirilmesi. a.g.e. 553.

ile ilgili 140. maddeye bir fıkra ilavesiyle kurulan bu yüksek mahkeme, 1982 Anayasasında da yeniden düzenlenmiş ve kuruluş ve görevleri ile üyeliklerinin nitelikleri 157. maddede belirlenmiştir.

#### a. Kuruluşu :

Cumhuriyet döneminde, idarenin yargısal denetimine 669 sayılı "Şurayı Devlet" kanunu ile kurulan Danıştay'da 1927 tarihinde fiilen başlanmıştır. TBMM'nin 1 Aralık 1928 tarih ve 457 sayılı yorum kararı ile, belirtilen idari işlemlerle sınırlı olarak askeri nitelikteki bu işlemlerin Danıştay'ca denetlenemeyeceği belirlenmiş olmasına rağmen Danıştay, bu yorum kararı dışında kalan askeri nitelikli idari davalara da bakmaya devam etmiştir. Ancak, 1934 yılında 2515 sayılı kanunla Milli Savunma Bakanlığında kurulan "Zat işlerinin son tetkik Mercii Encümeni" adlı bir komisyona, asker kişilerin özlük hakları ile ilgili şikayetleri inceleme görevi verilmiş, bu komisyon kararlarına karşı da TBMM'ye başvurulabileceği esası getirilerek bir nevi "yasama denetimi" kurulmuştur. Bu düzenleme ise, 1924 Anayasasının, "Başkumandanlık, TBMM'nin şahsiyeti maneviyesinde mündemiçtir" hükmüne dayandırılmakta idi.

Ancak, 1938 yılında, 3410 sayılı kanunla, askeri nitelikteki işlemlerin yargı denetimi, Askeri Yargıtay'da kurulan özel bir daireye verilmiştir. Yani Askeri Yargıtay, birisi idari davalara, diğerleri de ceza davalarına bakmak üzere üç daireden oluşturulmuştu. Bu düzenleme de 1953 yılına kadar devam etmiş ve 6142 sayılı kanunla görev Askeri Yargıtay'dan alınarak Danıştay'a verilmiştir. Danıştay ise bu görevi 1972 tarihine kadar sürdürdüktan sonra, 1971 tarihinde 1488 sayılı kanunla yapılan Anayasa değişikliği ile bu yargısal denetim için Askeri İdari Yargı düzeni oluşturulmuş ve bu düzeni temsil eden Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kurulmuştur (98).

Görüldüğü üzere, A.Y.İ.M. 1961 Anayasası'nın, Danıştay'la ilgili 140. maddesine, 1971 yılında 1488 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte eklenilmiş-

(98) Prof.Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, idari Yargı 3. Bas. Sh.60, Prof.Dr. ÜNSAL Artun, a.g.e Sh.77. CANDEMİR Taner, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görev alanı, Danıştay dergisi 1978 Sayı.28 Sk.26. CANDEMİR Taner, (AYİM Önceki Başkanı) A.Y.İ.M.nin 20. kuruluş yılı konuşması, 1993

tir. Eklenen bu fıkranın özü, mahiyeti ve düzenlediği alan konularında TBMM'de hiçbir görüşme yapılmamış olunması, "işin aceleye getirildiği" yolunda çeşitli eleştirilere sebep olmuştur (99). Zira, Anayasa ile getirilen hükümde yer alan "asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin yargı denetimi"ni yapma görevinin çok geniş bir alanı kapsamı nedeniyle bunun hiç olmazsa "askeri hizmet" ile sınırlandırılması gerekeceği ifade edilmiştir. Bu tenkitler bu kurumla ilgili kuruluş yasası çalışmalarında dikkate alınmış ve "askeri hizmet" unsuru dikkate alınarak mahkemenin görevini "askeri kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin eylem ve işlemler" olduğu belirlenmiştir.

1982 Anayasası'nda ise bu mahkemenin kuruluşu 157. maddede detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre A.Y.İ.M. alt derece mahkemeleri bulunmayan, ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yapan ve idari rejimi benimsemiş olan ülkemizde İdari Yargı kesiminde yer alan özel görevli bir Yüksek Mahkemedir. Bu durum itibarıyla de, ülkemizdeki çeşitli yargı düzenlerinden birini, askeri-idari yargı düzeninin temsil etmektedir. Başında Danıştay'ın bulunduğu idare ve vergi mahkemelerinden oluşan İdari yargı düzeni ise Genel İdari Yargı'dır.

Anayasanın 157/son maddesine göre A.Y.İ.M.'in kuruluş ve işleyişi de mahkemelerin bağımsızlığı, hakimlik teminatı ve "askerlik hizmetinin gereklerine" göre kanunla düzenlenir. "Askerlik hizmetinin gerekleri" konusu ise Askeri Yargıtay'da olduğu gibi, bu mahkeme yönünden de Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiş ve A.Y.İ.M.'in temel yapısı yönünden bir "Yüksek Mahkeme" olduğu vurgulanmıştır (100).

Anayasamıza göre, AYİM Askeri Hakim sınıfından olan ve olmayan üyelerden oluşmaktadır. Bunlar 1602 sayılı AYİM kanununun 7. maddesine göre;

---

(99) Prof.Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref. İdari Yargı 3.Bas. Sh.62. Dr. ÖZGÜLDÜR Serdar. A.Y.İ.M. 1. Daire üyesi Askeri Yüksek İdare Mahkemesi konusunda yayınlanmamış yüksek lisans tezi.

(100) Any.Mah.nin 18.12.1975 tarih ve 1975/159-216 sayılı kararı. R.G. 12.4.1976

- En az yarbay rütbesinde 1. sınıf askeri hakimler,
- 2 yılını doldurmuş kurmay yarbaylarla, üç yılını doldurmamış kurmay-albaylar'dan oluşmaktadır.

Anayasa ve yasaya göre hakim subayların seçimi, askeri Yargıtay'inkine paralel biçimde düzenlenmiş, yani her boş yer için mahkemenin askeri hakim sınıfından olan başkan ve üyeleri tarafından seçilecek üç aday içinden birinin Cumhurbaşkanı'nca seçilmesini kabul etmiştir.

Subay üyeler için ise, nitelikleri yasada belirlenen subaylar arasından Genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday arasından Cumhurbaşkanı'nca seçilmesi öngörülmüştür.

Mahkemenin her dairesi bir başkan ile 6 üyeden kurulur. Üyelerden 4'ü hakim, 2'si kurmay subay olup, görüşme sayısı 5'dir. 1602 sayılı AYİM Kanununun 4. maddesinde Mahkemenin Başkanı, Başsavcısı ve Daire Başkanları ile üyelerinin, "A.Y.İ.M. Hakimleri olarak T.C. Anayasasının kendilerine sağladığı teminat altında hizmet görürler." hükmü getirilmektedir. Yani bu madde uyarınca sözü edilen teminatın kaynağı ne olursa olsun "tüm mahkeme üyeleri için" mevcut bulunduğu belirtilmektedir. Oysa, Hakim üyelerin yaş haddine kadar görev yapmaları mümkün iken, Subay üyelerin görev süresi en fazla 4 yıl olup bu kişiler bakımından görevin süre ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Önceki düzenlemede de mevcut olan bu ve diğer bazı kurallar Anayasa Mahkemesince; "Oysa, itiraz ve inceleme konusu 10. madde mahkemenin Askeri Hakim sınıfından olmayan üyelerini öbür üyelerden ayırarak, bunların görevlerini süre ile sınırlandırmıştır... Bu durumun, bu görevin iç dirlik ve yansızlık içinde gereği gibi yerine getirilmesini olumsuzca etkileyecek öğelerden biri olduğunda kuşku yoktur..." (101) denilerek iptal edilmişti. İptal gerekçelerine rağmen bu hükmün hem Anayasa da ve hem de Yasa' da tekrar yer aldığı görülmektedir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde karar organları, Daireler, Daireler Kurulu ve İçtihatları Birleştirme Kuruludur. Kanuna göre AYİM 2 daireden oluşmakta ve dairelerin görevleri yine bu kanunda ayrı ayrı belirtilir.

(101) Any. Mah. 18.12.1975 gün ve 1975/159-216 sayılı Kararı. R.G. 12.04.1976

mektedir. Daireler Kurulu ise mahkeme başkanının başkanlığında, daire başkanları ile her dairenin kendi üyeleri arasından bir yıl süre ile seçeceği 1'i askeri hakim ve 1'ide bu sınıftan olmayan üyelerden oluşmaktadır. Bu mahkemenin nezdinde de diğer yüksek yargı organlarında olduğu gibi Başsavcılık kuruluşu mevcut olup, bir Başsavcı ve yeteri kadar Savcıdan oluşmaktadır.

#### **b.Görevleri :**

Anayasanın 157. maddesine göre, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, "askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir."1602 sayılı kanunun 1. maddesine göre de bu mahkeme, Anayasa ile görevlendirilmiş bağımsız bir Yüksek Mahkemedir.

Niteliği bu şekilde belirlenen mahkemenin, askeri idari yargı alanında hem ilk derece mahkemesi ve hem de denetim yapan bir mahkeme olarak düşünüldüğü görülmektedir. Bu haliyle kısmen Danıştay'ın yapısına benzemekte ise de, bu yargı yolunda alt derece mahkemeleri bulunmamaktadır.

Gerek Anayasanın düzenlenmesine gerekse 1602 sayılı kanununun 20. maddesine göre, bir davanın AYİM'de görülebilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gereklidir. Buna göre dava konusu idari işlem veya eylemin, askeri veya askeri olmayan bir makamca tesis edilmiş olmasına bakılmaksızın;

- Asker kişileri ilgilendiren ve
- Askeri hizmete ilişkin olması, gerekmektedir.

Yani eylem veya işlemin yönelik olduğu kimse, kanunda sayılan asker kişilerden veya bunların kanuni haleflerinden olmadıkça davanın bu mahkemede görülmesi mümkün olmadığı gibi, bu işlemin askeri hizmete ilişkin olması da aranacaktır. Ancak, kanunda "askeri hizmete ilişkin olma" unsuru bakımından bir açıklık yoktur. Dolayısıyla bu unsur uygulamada, "idari işlemler" açısından işlemin niteliği, "idari eylemler" açısından da eylemin asker kişileri tarafından veya askeri bir hizmet sırasında meydana gelmiş olması kriterleri çerçevesinde değerlendirilmektedir.



Ancak, Danıştay'da olduğu gibi AYİM tarafından bakılamayacak ve denetlenemeyecek, yani yargı yetkisinin sınırları dışında tutulan tasarruflar da mevcuttur. Anayasa ve kanuna göre bu tasarruflar:

- Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler,
- Yüksek Askeri Şura kararları,
- Sıkıyönetim Komutanlarının, Sıkıyönetim Kanununda yazılı tasarrufları,
- Disiplin suç ve tecavüzlerinden ötürü, disiplin amirlerince verilen cezalardır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, ilk derece mahkemesi olarak; yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde, idari eylem ve işlemlerle hakları ihlal edilmiş olanların açacakları "iptal" veya "tam kaza" davalarına bakacaktır. (Md.42-43) Bu iki dava birlikte açılabileceği gibi, önce iptal davası açılıp, bunun sonucuna göre daha sonra, işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı, icra tarihinden itibaren 60 gün içinde tam kaza davası da açılabilir. Bu tür dilekçeler üzerine inceleme ve yargılama, Başsavcılığın düşüncesi de alındıktan sonra dairelerde veya daireler kurulunda yapılmaktadır, 52. madde uyarınca daireler veya daireler kurulu bu davalara ait her türlü incelemeyi kendiliklerinden yapabilecekleri gibi, belirleyecekleri süre içerisinde gerek gördükleri belge ve bilgilerin gönderilmesini, taraflardan veya ilgili diğer yerlerden isteyebilirler. AYİM'ne dava açılması veya kanun yollarına başvurulması, itiraz olunan İdari işlemlerin veya yargı kurallarının yürütülmesini durdurmaz. Ancak idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, gerekçe gösterilerek "yürütmenin durdurulmasına" karar verilebilir. Savaş halinde ve bazı işlemler yönünden sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilemez (1602 s.k. md.62). Bu şekilde yapılan yargılama ve inceleme sonunda daireler veya daireler kurulu tarafından verilen kararlar kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Yani bu kararlara karşı bir "temyiz" veya "itiraz" yolu öngörülmemiştir. Dolayısıyla, yasaya göre bu kararlar aleyhine şartları oluşmuşsa ancak kanun yolu olarak gösterilen "yargılamanın iadesi" ve

“kararın düzeltilmesi” yollarına gidilebilir. Bu konudaki istekler, esas hükmü veren daire ve daireler kurulunca karara bağlanır.

Kısaca yukarıda Anayasal konumu, kuruluşu ve görevleri incelenen Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Anayasaya ve Yasa’ya göre bir “Yüksek Mahkeme’dir.” Diğer ülkelerde benzeri bulunmamakla ve ülkemizde de 30 yıllık yaşamı ile ilgili çeşitli eleştiriler henüz giderilmemekle birlikte, bunun bir anayasal tercih olduğu ve bu mahkemenin verdiği kararlarla da kendisini kabul ettirdiğini söylemek mümkündür.

## **F. UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ :**

Ülkemizde 1868 yılında Danıştay’ın kurulması ile birlikte ayrılan adli yargı ile idari yargı yolları arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarının nasıl giderileceği sorunu ortaya çıkmıştır. Bu sorun önce Fransa’da, daha sonra da diğer ülkelerle birlikte ülkemizde görev uyuşmazlıklarının çözümü konusunda “uyuşmazlık mahkemesi” olarak adlandırılan bu kuruluşu ortaya çıkarmıştır. Adli-idari yargı ayrılığının başladığı önceki dönemlerde, sorunun çözümü işi Danıştay’a verilmiş ve gerek 1876 ve gerekse 1924 Anayasalarında bu konu ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak uygulamadaki ihtiyaç nedeniyle 1945 yılında 4788 sayılı kanunla Fransa’dan örnek alınarak ülkemizde sadece hukuk alanında doğan görev ve hüküm anlaşmazlıklarının çözümü ile görevli olan şimdiki Uyuşmazlık Mahkemesi kurulmuştur. 2247 Sayılı kuruluş kanununun 1. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesi, T.C. Anayasası ile görevlendirilmiş, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkili ve bu kanunla kurulup görev yapan bağımsız bir Yüksek Mahkemedir.

### **a. Kuruluşu :**

1961 Anayasasının 142. maddesine göre; “Uyuşmazlık Mahkemesi adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmeye yetkilidir, Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluş ve işleyişi kanunla düzenlenir. Bu mahkemenin başkanlığını, Anayasa Mahkemesince kendi asıl veya yedek üyeleri arasından görevlendirilen bir üye yapar.”

Bu maddedeki tanımlama 1982 Anayasasında da büyük ölçüde korunmuştur. Ancak bu Anayasanın 158. maddesinde yer alan Uyuşmazlık Mahkemesiyle ilgili düzenlemeye bir fıkra daha ilave edilerek, diğer mahkemelerle Anayasa Mahkemesi arasındaki görev uyuşmazlıklarında, Anayasa Mahkemesinin kararının esas alınacağı hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere, Uyuşmazlık Mahkemesi ile ilgili ilk anayasal düzenleme 1961 Anayasası ile yapılmış ve bu düzenlemede de mahkemenin kuruluş ve işleyişinin kanunla yapılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, 1945 tarih ve 4788 sayılı kanun, 1961 Anayasasının 142. maddesi karşısında da yürürlükte kalmış ve 142. madde ile yetki alanı genişleyerek (Askeri yargı yolunun da ilavesiyle) 1979 tarihine kadar uygulanmıştır. Bu tarihte yürürlüğe giren 2247 sayılı kanunla yeniden kurulan Uyuşmazlık Mahkemesinin görev alanına, ceza alanında oluşan uyuşmazlıklar da dahil edilmiştir. Bu düzenleme 1982 Anayasası ile de benimsenmiştir (102).

Uyuşmazlık Mahkemesi Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi üyelerinden oluşan karma bir kuruluştur. Bu mahkeme "Hukuk Bölümü" ve "Ceza Bölümü" olarak iki bölüme ayrılmış olup, hukuk ve ceza alanındaki uyuşmazlıklar ilgili bölümlerde karara bağlanmaktadır. Doğal olarak Yargıtay Ceza Dairelerinden ve As Yargıtay'dan seçilen üyeler ceza bölümünde, Yargıtay Hukuk dairelerinden, Danıştay'dan ve AYİM'den seçilen üyeler de hukuk bölümünde görevlendirilmektedir. Bu mahkemenin başkanı Anayasanın 158. maddesine göre, "Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirilen bir üye" dir. Bu üyenin asıl veya yedek üye olması önemli değildir.

Önceki Yasa döneminde Uyuşmazlık Mahkemesinin başkanı Yargıtay ve Danıştay başkanları arasından değişmek suretiyle belirtilmekte idi. Bu yöntemin sakıncaları Anayasanın 158. maddesinin gerekçesinde şöyle belirtilmektedir: "...Bazı konularda Yargıtay'la Danıştay arasında görüş ayrılığı bulunmakta idi. Bunun sonucu olarak Uyuşmazlık Mahkemesine Yar-

(102) Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, Yönetim Hukuku 9. Bas. Sh.345. Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargı 3. Bas. Sh.72. BARUTOĞLU Tulez, "Uyuşmazlık Mahkemesinin görev ve yargılama usulleri ile Uygulamada görülen aksaklıklar ve alınacak önlemler." Adalet Bakanlığı Yayınları Ank. 1985 Sh.18

gıtay başkanı başkanlık ettiği sürece Yargıtay'ın görüşü, Danıştay başkanı başkanlık ettiği sürece Danıştay'ın görüşü hakim olur, gerek dava ve gerek hüküm uyuşmazlıklarını çözümlenmekle görevli olan bu mahkemenin kendi kararları arasında uyuşmazlık çıkardı. Bu önemli sakıncayı bertaraf etmek için mahkeme başkanının Anayasa Mahkemesi üyeleri arasından seçilmesi kuralı getirildi..”

Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanının mazereti halinde bu mahkemeye kimin başkanlık edeceğine ilişkin Anayasa'da bir hüküm yoktur. Önceki yasa döneminde, bu halde mahkemeye, üyelerin en yüksek dereceli veya kıdemlisinin veya yaşlısının başkanlık edeceğine ilişkin hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından: “..Başkanlık görevinin Anayasa Mahkemesi üyelerinden birisi tarafından yapılması, mahkeme karar ve içtihatlarının sık sık değişmemesini sağlamak amacından doğmaktadır. Bir mahkemeden aynı konular hakkında birbirine uymayan kararların çıkmasının kişilerin adalete karşı olan güvenini sarsacağı da şüphesizdir.” denilerek iptal edilmiştir. (103) Bu nedenle 2247 sayılı kanunun 3. maddesine konulan bir hükümle Anayasa Mahkemesince, Başkan ile birlikte Başkan Vekilinin de yine Anayasa Mahkemesinden seçileceği öngörülmektedir.

Kanunun 2. maddesine göre Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümüne, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından 3 asıl ve 3 yedek üye Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca, Askeri Yargıtay Genel Kurulunca da kendi daire başkan ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından 3 asıl ve 3 yedek üye de Cumhurbaşkanınca seçilecektir.

Bu mahkemenin hukuk bölümüne ise, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay Genel Kurulunca kendi başkan ve üyeleri arasından gösterecekleri iki kat aday arasından 2'şer asıl ve 2'şer yedek üye Hakimler ve Sav-

---

(103) Any. Mah. nin.5.5.1964 gün ve E.1963/89, K. 1964/36 sayılı kararı. AMKD S.2 Sh.93. Ancak, bu iptal kararından önce gerek Uyuşmazlık Mahkemesi ve gerekse Anayasa Mahkemesinin bu konuda ilginç kararları vardır. Doktrinde de eleştirilen bu kararlarla ilgili açıklama için Prof. Dr. GÜRAN Sait, “Mahkeme Kararları Kroniği-Uyuşmazlık Mahkemesinde Başkanvekilliği meselesi” İHFM Cilt.30 S.3-4 Sh.1000 ve ayrıca Prof. Dr. GÖZÜBÜYÜK Şeref, İdari Yargı. 3. Bas. Sh.74

cılar Yüksek Kurulunca, A.Y.İ.M Genel Kurulunca Askeri Hakim sınıftan olan daire başkanı ve üyeleri arasından gösterilecek iki kat aday arasından 2 asıl ve 2 yedek üye Cumhurbaşkanınca seçilmektedir.

Bu şekilde seçilen 12 asıl ve 12 yedek üye ile başkan 4 yıllık bir dönem için bu mahkemede görev yaparlar. Görev süreleri sonunda yeniden seçilmeleri mümkündür. Mahkemenin hukuk ve ceza bölümleri 1 başkan ve 6 asıl üyeden kurulur. Mahkemenin başkanı, her iki kurulun da başkanıdır. Birlikte toplanan hukuk ve ceza bölümleri Uyuşmazlık Mahkemesi genel kurulunu teşkil eder.

Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve A.Y.İ.M Başsavcıları yahut yardımcıları, görev konusunun Uyuşmazlık Mahkemesinde görüşülmesini isteme, yazılı olarak görüşlerini belirtme ve gereken durumlarda, sözlü açıklamalarda bulunma yolu ile, Uyuşmazlık Mahkemesinin işleyişine katkıda bulunurlar.

#### **b. Görevleri :**

Gerek Anayasanın 158. maddesinde bizzat belirlendiği ve gerekse kuruluş kanununun 1. maddesinde açıklandığı üzere bu mahkemenin görevi, adli, idari ve askeri yargı yerleri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını çözümlenektir.

#### **ba. Görev Uyuşmazlıkları**

Bir davanın hangi yargı düzeni içinde bulunan mahkemede görüleceği konusunda, ayrı yargı düzenlerinde yer alan mahkemeler arasında çıkan uyuşmazlık görev uyuşmazlığıdır. Bu tür uyuşmazlıklar ceza davalarında Askeri Mahkemeler ile Adli Yargı'daki Ceza Mahkemeleri arasında, hukuk alanında ise, hukuk mahkemeleri ile Danıştay, İdare ve Vergi Mahkemeleri veya bu mahkemeler ile A.Y.İ.M arasında çıkabilir. Dolayısıyla aynı yargı düzeni içinde yer alan mahkemeler arasındaki görev uyuşmazlıklarının çözümü uyuşmazlık mahkemesinin görev alanı dışında kalmaktadır. Keza, İl ve İlçe kurulları gibi yargı yetkisi taşıyan kurullarla genel mahkemeler arasında çıkabilecek görev uyuşmazlıkları 1930 tarihli ve 1684 sayılı kanun uyarınca Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından çözülecektir.

Görev Uyuşmazlıkları iki şekilde ortaya çıkar:

1- Olumlu Görev Uyuşmazlığı : (2247 s.k. md.10)

Adli, idari ve askeri yargıya bağlı iki ayrı yargı yerinde açılan ve tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalarda bu yargı yerlerinin her ikisinin de kendilerini görevli sayan kararlar vermeleri halinde oluşmaktadır. Esas itibariyle bu tür uyuşmazlıkların adli ve idari yargı yerleri arasında çıktığı görülmektedir. Böyle bir uyuşmazlıktan söz edebilmek için;

- Yargı yerlerine açılmış bir dava bulunmalıdır.
- Yargılamanın ilgili aşamasında görevsizlik itirazında bulunulmalıdır.
- Mahkemece görevsizlik itirazı red edilmelidir.
- Mahkemece esas hakkında karar verilmemiş olmalıdır. Zira esas hakkında mahkemece karar verilmiş ise, bu konuda karar vermek yetkisi ilgili temyiz makamına ait olacaktır.

Keza, bu şekilde uyuşmazlık çıkarma isteminde bulunmaya yetkili makamların, Yüksek Mahkemeler Başsavcıları olduğu anlaşılmaktadır.

2- Olumsuz Görev Uyuşmazlığı : (2247 s.k. md.14)

Böyle bir uyuşmazlıktan söz edebilmek için, adli, idari ve askeri yargı merciiilerinden en az ikisinin tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davada kendilerini görevsiz görmeleri ve bu yolda verdikleri kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekir. Buna göre:

- Aynı yargı düzenleri içersinde yer alan iki mahkeme tarafından ayrı ayrı görevsizlik kararları verilmelidir.
- Bu kararlar biri diğerinin görevli olduğu gerekçesiyle verilmelidir.
- Tarafları, konusu ve sebebi aynı olan davalar bu kararlara konu olmalıdır.
- Görevsizlik kararları kesinleşmiş bulunmalıdır.

Açıklanan bu yollarla ve Yasa'da belirlenen prosedürle, Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığı'na gelen başvurular ilgisine göre ceza veya hukuk bö-

lümlelerinde dosya üzerinden incelenerek görev konusunda kesin karara bağlanır. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalar ile bu mahkemeye siyasi partilerin kapatılması için açılan davalar da uyuşmazlık çıkarılamaz (2247 s.k. md.11).

#### **bb. Hüküm Uyuşmazlıkları: (2247 s.k. md.24)**

Adli, idari ve askeri yargı merciilerinden en az 2'si tarafından, görevle ilgili olmaksızın kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş, aynı konuya ve sebebe ilişkin, taraflardan en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki yüzünden, "hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan" hallerde hüküm uyuşmazlığının varlığı kabul edilmektedir. Buna göre, hüküm uyuşmazlığından bahsedebilmek için:

- Kararlar iki ayrı yargı düzenince verilmelidir.
- Kararlar esasa ilişkin olmalıdır.
- Kararlar aynı konuda olmalıdır.
- Kararlar arasındaki çelişki yüzünden hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunmalıdır.

Ceza kararlarında oluşabilecek hüküm uyuşmazlıkları ile hukuk alanındaki hüküm uyuşmazlıkları arasında gerek oluşum ve gerekse çözüm yöntemi arasında farklılıklar bulunmaktadır. Bu husus kanunun 25. maddesinde açıkça ifade edildiğinden burada değinilmeyecektir. Ancak, hangi konuda ve hangi yolla yapılırsa yapılsın bu mahkemenin verdiği kararlar kesindir, bunlara karşı kanun yollarına başvurulamaz ve düzeltme isteminde bulunulamaz.

#### **5- SONUÇ VE BAZI SORUNLAR :**

Yukarıdan beri anlattıklarımızdan çıkan sonuç şudur: Ülkemizde Yargı yolları ayrılmış, Adli, İdari-Askeri Yargı yolları, biri diğerine eşdeğer ve bağımsız olarak şekillendirilmiş ve oluşan uyuşmazlıkların, niteliklerine göre, bu alanlarda kurulu yargı merciileri tarafından çözümlenmesi sistemi tercih edilmiştir. Bu tarihsel, sosyolojik ve Anayasal bir tercihtir. Bu sistemde oluşturulan yargı merciileri yine kendi aralarında derecelendirilmiş, bu merciiler tarafından verilen yargısal kararların denetimi ise, yine

aynı yargı yolunda kurulu bir denetim organına bir Yüksek Mahkemeye bırakılmıştır. Dolayısıyla örneğin, idari bir uyuşmazlık, sonuçta Danıştay tarafından, Askeri Yargı görev alanı içerisindeki bir uyuşmazlık da Askeri Yargıtay tarafından "son karar" ile bitirilmekte ve uyuşmazlık böylece çözümlenmektedir.

Anayasa Yargısı ise daha farklı bir özellik taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi bir Yüksek Mahkeme olarak Anayasaca nitelendirilmiş ve bu niteliği öne çıkarılarak oluşturulmuştur. Anayasal bir organ oluşu da kuşkusuz bulunan bu mahkemenin, salt bu niteliği sebebiyle, diğer Yüksek Mahkemelerden farklı olmadığı düşünülmektedir. Zira, diğerleri de 1961 Anayasasından bu yana Anayasal bir kimlik de taşımaktadırlar. Diğer bir deyişle Türk Anayasa Mahkemesi Fransız Anayasasındaki "Anayasa Konseyi"nden farklıdır. Ancak, doğal olarak gerek yasaları iptal ederek ve gerekse Anayasa'yı yorumlayarak verdiği kararlar, tüm kişi ve organları bağlayıcı nitelikte olduğundan, diğer yargı merciielerince de dikkate alınmak ve uygulanmak zorundadır.

İşte bu konuda uygulamada bazı sorunların ortaya çıktığı görülmektedir. Keza, uluslararası yargı kuruluşlarının kararları karşısında da bazı sorunların mevcut bulunduğu düşünülmektedir. Buna göre:

a. Bugünkü Anayasal sistemimize göre Anayasayı yorumlamaya tek yetkili organ Anayasa Mahkemesi olarak görülmektedir. Meclisin dahi Anayasa'yı yorumlama yetkisi yoktur. Ancak bu durumda diğer Yüksek Yargı yerlerinin Anayasaya uygun yorum yapma yetkilerinin olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Aslında, Anayasa Mahkemesinin önüne gelen bir konuda iptal kararı verdiği durumlarda diğer Yüksek Yargı yerleri ile herhangi bir çatışma olmaması gerekir. Zira iptal kararı yürürlüğe girmekle diğer Yargı yerlerini bağlamaktadır. Oysa, bu durumda bile diğer Yüksek Mahkemelerin bu kararlara zaman zaman uymadığı söylenmektedir (104). Burada sorun Anayasa Mahkemesinin iptal kararı vermeyip,

(104) Anayasa Mahkemesinin o zamanki başkanı, Sn. Yekta Güngör ÖZDEN, Anayasa Mahkemesinin 34. Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Sempozyumda, "Ben, Yargıtay'ımızın ceza konusunda Anayasa Mahkemesinin bir iptal kararına 46 kez aykırı karar verdiğini biliyorum, ne yapalım?... o kararlara karşı başka yere gidilmiyor.." demiştir. Anayasa Yargısı. 1996 Sh.70.



“Anayasaya uygun yorum” yöntemiyle Yasa’nın geçerliliğini koruduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır. Diğer mahkemeler bu yoruma itibar etmezlerse, durum ne olacaktır ? Diğer mahkemeler Anayasa’ya uygun yorum yapabilecek midir? Zira, 1961 Anayasasının 151. maddesinde yazılı olan ve mahkemelerin “Anayasa’ya aykırılık iddiasını kendi kanısına göre çözümlenerek davayı yürütür.” Hükmü 1982 Anayasasının 152. maddesine alınmamış ve aksine 5 ay içinde karar verilmezse mahkemenin davayı “yürürlükteki kanun hükümlerine göre” sonuçlandırması esası kabul edilmiştir.

**b.** Diğer Yüksek Yargı yerlerinin Anayasa’ya uygun yorum yapmaları gerek uygulamada ve gerekse doktrinde kabul edilmektedir. Örneğin:

**ba.** Danıştay’ın yetersizlikleri nedeniyle emekliye ayrılacak memurların emekliye sevk kararları aleyhine dava açmaları konusunda verdiği bir kararda (105),

**bb.** Danıştay’ın,1402 sayılı sıkıyönetim kanununun 2. maddesi ile görevlerine son verilen kamu personelinin durumu ile ilgili olarak verdiği İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı (106),

**bc.** Yargıtay’ın, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra kabahatsiz eşin, MK’nun 143/2 maddesi uyarınca manevi tazminat davası açabileceğine ilişkin İçtihadı Birleştirme Kurul Kararı (107),

Bu kararlarda Yargıtay ve Danıştay’ın Anayasa’ya uygun yorum yönteminin tipik uygulamasının yapıldığı kabul edilmektedir. Bu durumlarda konu esasen Anayasa Mahkemesine gidemeyeceği için Anayasa Mahkemesi ile bir sorun çıkmayacaktır.

(105) Danıştay Dava Daireleri Kurulunun 6.6.1950 tarih ve K.50/1067, KD.sayılı kararı. (Prof. Dr. AZRAK Ülkü, İdari Yargıda Anayasaya Uygunluk Sorunu. Anayasa Yargısı 1993, Sh.337.

(106) Prof. Dr. SAĞLAM Fazıl, “Yetki ve İşlev bağlamında Anayasa Mahkemesinin Yasama, Yürütme ve Yargı ile ilişkisi” konulu tebliğ. Anayasa Yargısı, 1996 Sh.52.

(107) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 22.01.1988 tarih ve E.1986/5 ve K. 1988/1 sayılı kararı. Yargıtay Kararlar Dergisi. C:14 S.8 Ağustos 1988 Sh.1031. Prof. Dr. SAĞLAM Fazıl, a.g.e.Sh.52

c. Ancak, aşağıdaki örneklerde farklı durumlar vardır :

ca. 6570 sayılı Kanunun 7 maddesi kapsamında kiracının malik tarafın tahliye edilmesine ilişkin bir davada, Anayasa Mahkemesi Anayasayı yorumlayarak bu düzenlemeyi kanuna aykırı bulmadığını belirtmesine rağmen (Anayasa mahkemesinin 28.4.1970 tarih ve E.1969/67, K.1970/22 sayılı kararı) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bu karardan sonra verdiği 13.12.1972 tarih ve 6-102/1362 sayılı kararı ile bu ilkeye ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumuna uymayarak eski içtihadını devam ettirmiştir (108).

cb. Anayasa Mahkemesinin, 506 sayılı SSK Kanununun 26. maddesiyle ilgili olarak yaptığı incelemede, Anayasaya uygun yorum yöntemini kullanarak, Anayasaya aykırılık itirazlarını red etmesinden sonra, (20.12.1983 tarih ve E.1982/4, K.1983/17 sayılı karar) Yargıtay içtihadı Birleştirme Kurul Kararı ile aksine karar verilmiştir (109). Böylece her ikisi de bağlayıcı olan birbiriyle çelişik iki yüksek yargı yeri kararı ortaya çıkmıştır.

d. Yargıtay'ın bir dairesindeki üyenin, başka bir dairesinde görevlendirilmesine ilişkin olan birinci başkanlık kurulu kararına karşı, ilgili üyenin başvurusu üzerine, Danıştay 5. Dairesi; (17.5.1995 tarih ve 1995/4416 esas, 1996/1911 karar) bu işlemin "Yargıtay'ın sırf mahkeme olmasından dolayı ve bu sıfatla yaptıklarından ayrılabilen bir işlem" olduğu ve bu yönüyle idari işlem teşkil edeceğine karar vermiş ve fakat karar hakkında yargı yoluna başvurulamayacağından istemi bu gerekçeyle red etmiştir.

e. Askeri Yargıtay üyelerinin ne şekilde seçileceği Anayasa'nın 156. maddesi ile belirlenmiştir. Bu işlemin Askeri Yargıtay'ın oluşmasına yönelik bir işlem olduğu ve üyeliklerin boşalması halinde yeni üye adaylarının As. Yargıtay Genel Kurulunca belirlenmesinin de bu kurumun kendi kendini tamamlayıp yenilemesi ve doğrudan kendince yapılan bir işlem olması gözetilerek, Yargı'ya ilişkin olarak yapılan bu seçim, aday belirleme işlemi-

(108) Prof. Dr. KANETİ Selim, "Anayasa Mahkemesi kararlarına göre Anayasanın özel hukuk alanındaki etkileri" başlıklı tebliğ. Anayasa Yargısı, 1989 Sh.21. Prof. Dr. SAĞLAM Fazıl, a.g.e. Sh. 54

(109) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurul Kararı. 01.07.1994 gün ve E.1992/3, K. 1994/3 sayılı kararı. R.G. 20.10.1995. Prof. Dr. SAĞLAM Fazıl, a.g.e.Sh.55

nin İdari yargı denetimine tabi olmadığı, AYİM. Daireler Kurulunun 10.2.1994 gün ve 1994/21-4 sayılı karar ile benimsenmiş olmasına rağmen, A.Y.İ.M. sonradan bu kararından dönmüş ve As. Yargıtay'ın Genel Kurulunca yapılan üye seçimini bir idari işlem olarak kabul etmiştir.

Bu örneklerden anlaşılacağı gibi Yüksek Mahkemeler arasında yorum ve yetki çalışmaları meydana gelmektedir.

Keza, Anayasa Mahkemesinin "yerindelik" denetimi yapamayacağı kabul edilmekle birlikte, son günlerde Anayasa Mahkemesince Siyasi partiler Kanununun 103. maddesinin iptaline ilişkin kararının kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı ve mahkemenin kendisine tanıdığı sınırsız takdir yetkisi ile yasama organının sınırlarına müdahale ettiği yolunda eleştiriler çıkmaktadır (110).

Anayasanın Yüksek Yargı yerleri bakımından hiyerarşik bir sıralama yapmadığı tüm yüksek mahkemelerin kendi görev alanları içinde yetkili olduğu ve bu nedenle de aralarında biçimsel bir eşitlik bulunduğu gerçektir. Keza, Hukuk düzenimiz içinde bu mahkemeler arasındaki çelişkili karar çatışmasını giderebilecek bir kurum ya da çözüm mekanizması yoktur. Yüksek Mahkemelerin denetim yetkilerinin sınırları, buna ilişkin açık hüküm olmadığı sürece kendi görev alanları içerisinde kalmalı ve diğer bir sahaya geçmemeli diğer görevlere el uzatmamalıdır. Kanaatımızca bu sorun ve boşluk devam etmektedir.

f. Diğer bir sorun uluslararası yargı kuruluşlarının kararlarının iç hukukuza etkisinde görülmektedir. Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 35. maddesine göre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine "İç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren 6 aylık bir süre içinde" başvurulabilir. Oysa, ülkemiz bakımından bu hüküm aksine başvuruların bu mahkemece kabul edildiğine ilişkin sayısız örnekler vardır. Bu durumda hem milli mahkeme ve hem de AIHM aynı anda yargılama yapmak durumundadır. Bu durum önlenememekte ve AIHM'den daha önce verilebilecek bir kararın, Milli Mahkeme kararı üzerindeki etkisi dikkate alınmamaktadır.

(110) Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN'a atfen görüşler. 14.12.2000 tarihli Milliyet Gazetesi. Aynı gazetenin 17. sahifesinde Taha AKYOL imzalı ve "Anayasal Yargı" başlıklı yazı.

g. AİHM kararlarının muhatabı her ne kadar Devlet ise de, kararların kası ya belli bir Yargılama prosedürünü, yada bir idari işlemi veya adli işlem ve karar konu almaktadır. Örneğin, bir eylem sebebiyle milli mahkemece verilen beraat kararı, AİHM'nin daha sonra verdiği mahkumiyet kararından sonra değişecek midir ? Yahut milli mahkemece verilen mahkumiyet kararı AİHM kararına bağlı olarak düzeltilecek midir ? Kanunlarımızda mevcut "yargılamanın yenilenmesi" veya "karar düzeltme" yollarına ilişkin koşullar arasında bunlar yoktur. Sonuç olarak aynı olay veya eylem sebebiyle ülkede uygulanacak iki farklı karar var demektir. Bu önemli sorun geçmiş yıllardan beri çeşitli platformlarda dile getirilmekle beraber, sorunun çözümü konusunda somut düzenlemeler halen yapılmamış olup, AİHM "ayrı bir yargı yolu" görünümünde faaliyetlerini ve etkisini sürdürmektedir.

### Oturum Başkanı

---

Sayın Dr. Önder Ayhan'a teşekkür ediyorum.

Anayasa Mahkemesi önceki Üyelerinden ve Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi değerli meslektaşım Sayın Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu "Anayasa, Yargı ve Yüksek Mahkemeler" başlıklı bildirisini sunacak; ancak daha önce çok kısa bir şekilde özgeçmişini sunuyorum. Sayın Yılmaz Aliefendioğlu 1930 doğumlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi mezunudur. 1965'te girdiği Danıştayın çeşitli dairelerinde Yardımcı, Başyardımcı ve Üye olarak görev yapmıştır, 1979'da Cumhuriyeti Senatosunca Anayasa Mahkemesi Yedek Üyeliğine, 1992'de Anayasa Mahkemesince Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanlığına seçilmiş, 1995'te yaş sınırı nedeniyle Anayasa Mahkemesi Üyeliğinden emekliye ayrılmıştır. Emeklilik döneminde Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 3 yıl Anayasa Hukuku dersi vermiştir. Yılmaz Aliefendioğlu 1997'de atandığı Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Bilim Dalında Öğretim Üyesidir. Ayrıca Türkiye'de Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsünde Anayasa Hukuku dersi vermektedir.

Buyurun Sayın Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu; söz sizin.

## **Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu**

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **ANAYASA, YARGI VE YÜKSEK MAHKEMELER**

#### **GİRİŞ**

Bir hukuk devletinde genelde gözlenen, yargı yerlerine ilişkin esasların ve özellikle yüksek yargı yerlerinin anayasa içinde yer almasıdır. Amaç, ülkenin hukuk düzenini anayasayla güvenceli kılmaktır. Bu amaç, ulusalüstü yargı yerleri kararlarının da ulusal mahkemelerce ve yüksek yargı yerlerince dikkate alınmasını gerektirir.

Yargı yetkisinin kullanılması, Anglosakson ve Kara Avrupası hukuk sistemlerinde temelde farklıdır:

Fransız sisteminden etkilenen Kara Avrupası, idari yargı – adli yargı ayırımına dayanmaktadır. Bu sistemde iki ayrı hukuk, iki ayrı yargı yeri ve iki ayrı yargılama usulu esastır; idarî yargı, adli yargının dışında, kendisine özgü kurallara ve usullere göre yargılama yapar.

Anglosakson sisteminde ise, tek yargı ve tek hukuk esastır. Biz buna yargı birliği diyoruz. Yargı birliği uygulanan ülkelerde, idarenin işlem ve eylemlerine karşı başvuru yeri adli yargıdır. Bu düzende, yönetim ile birey eşit konumdadır. Bunun doğal sonucu işlemi yapanın kişisel sorumluluğunun ön plana çıkmasıdır. Nitekim İngiltere’de 1947 yılına kadar kişisel sorumluluk ilkesi benimsenmişti. Ancak, 1947 de kişisel sorumluluk ilkesinin temel hakları korumada yeterli olmadığı kabul edilerek yeni bir yasa ile (Crown Proceedings Act) devletin sorumluluğu yolu açılmıştır İngiltere’de adli sistemin yalnız başına yeterli olmaması nedeniyle, gelir vergisi konusunda özel görevli (Special Commissioners of Income Tax), ulusal sigorta konusunda görevlendirilmiş (National Insurance Commissioners), emeklilik konusunda (Pensions Appeal Tribunals) gibi kuruluşlara yer ve-

rılmışse de, bu organları verdikleri kararlara karşı adli yargı yerlerine başvurulabilmesi sistemi özünde değiştirmemiştir (1).

Türk yargı sistemi, temelde adli – idarî yargı ayırımına dayansa da, gerçekte, anayasa yargısı, adli yargı, idari yargı, askeri yargı dördü ayrımlına göre yapılanmıştır. Askeri yargı da kendi içinde adli askeri yargı – idari askeri yargı bölümlerine ayrılmıştır Her yargı siteminin başında bir yüksek mahkeme bulunmaktadır. Türkiye’de yüksek yargı yerleri, Anayasaya göre, Anayasa mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesidir.

Öte yandan Sayıştay, Anayasada, yüksek mahkemeler içinde sayılmamasına karşın, yargı bölümü içinde yer almıştır ve genel ve katma bütçeli dairelerde sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamakla görevlidir. Kararlarına karşı başka yargı yerine başvurulamaz. Bu nedenle yüksek mahkeme olarak düşünülebilir.

Aynı şekilde yargı bölümünde yer alan ve tamamen yönetsel nitelikte karar vermesine karşın, kararlarına karşı yargı organlarına başvurulamayan Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun da aynı kapsam içinde bulunduğu ileri sürülebilir.

Ayrıca, Anayasada Yasama ile ilgili bölümde yer almasına karşın, “...seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları incelemek ve kesin karara (m.79)” bağlamakla görevli ve kararları aleyhine başka bir organa başvurulamayan Yüksek Seçim Kurulu da yüksek mahkeme olarak sayılabilir.

Hatta, Anayasaya göre, grev ve lokavtın yasaklandığı veya ertelendiği durumlarda işçi ve işverenlerle ilgili uyuşmazlığın çözümüyle görevli Yüksek Hakem Kurulu da, kararlarının kesin olması, kararlarına karşı başka bir başvuru yolunun bulunmaması nedeniyle bu gruba dahil edilebilir (A. m.54 ve 2822 sayılı yasa).

Bu kadar çok yüksek mahkemesi ve yüksek mahkeme konumundaki kuruluşu bulunan bir başka ülke zor bulunur.

(1) İbid, Amerika’da "Tax Court", Court of Claims" gibi yargı yerleri de aynı türdendir.

## ANAYASALARDA YARGI VE YÜKSEK MAHKEMELER

### Kanun-ı Esasî

Kanun-ı Esasî’de, yargı ile ilgili “Mehakim” başlıklı bölüm, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvenceleri yönünden genelde olumlu kurallar içermektedir. Bu Anayasada Yüce Divan (Divan-ı Âli) ve Sayıştay (Divan-ı Muhasabat) hariç yüksek mahkemelerle ilgili hüküm yoktu. Anayasada, bakanları, Yargıtay başkan ve üyelerini, padişah aleyhine cürüm işleyenleri ve Devletin tehlikeye düşmesine neden olabilecek bir teşebbüste bulunanları yargılamak üzere yüce Divan kurulması öngörülmüştü. (m.92-95). Anayasaya göre Yüce Divan (Divan-ı Âli) 30 üyeli olacak; üyelerinin 10’u Heyet-i Ayan, 10’u Yargıtay (Divanı – Mahkeme-i Temyiz - Temyiz) ve istinaf Mahkemesi, 10’nu Şûrayı Devlet, başkan ve üyeleri arasından kur’a ile belirleneceklerdi. Divan-ı Âli, biri Savcılık (Daire-i İthamiye), ötekisi karar Mahkemesi (Divan-ı Hüküm ) olmak üzere iki bölümden oluşmaktaydı (m.93). Savcılık (Daire-i İthamiye) dokuz üyeli idi. Üyelerin üçü, Divanı Âli’ye, Heyet-i Ayan’dan, üçü Divan-ı Temyiz (Yargıtay) ve istinaf’dan, öteki üçü Şûrayı Devlet (Danıştay)’dan gelen üyeler arasından kura ile belirlenecekti. Divan-ı Hüküm, yedisi Heyet-i Ayan, yedisi Divan-ı Temyiz ve İstinaf, öteki yedisi Şûrayı Devlet üyelerinden oluşmaktaydı. Divan-ı hüküm, Daire-i ithamiye tarafından yargılanması gerekli görülenleri yargı-lardı, kararları kesindi ve temyiz edilemezdi.

Divan-ı Muhasebat, Heyet-i Mebusan tarafından seçilen 12 üyeden oluşmaktaydı, bu kuruluşun yargı yetkisi yoktu (m.105, 106).

Bu Anayasaya göre, bir yasa maddesinin yorumunda, konu adli işlere aitse Yargıtay ( Mahkeme-i Temyiz), idari işlere ilişkinse Danıştay (Şûrayı Devlet), Anayasaya ilişkinse Heyet-i Ayan yetkili idi (m.117).

### 1921 Anayasası

1921 Anayasasında (Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu’nda), yargı yetkisinin, ulus adına, usule ve yasaya göre bağımsız mahkemeler tarafından kullanılacağı hükmü vardı (m.8). Bunun dışında mahkemeler ve yüksek yargı yerleriyle ilgili bir kural bulunmamaktaydı.

## 1924 Anayasası

1924 Anayasasında (Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nda), yargı yetkisinin ulus adına usule ve yasalara uygun olarak bağımsız mahkemelerce kullanılacağı kuralı tekrarlanmıştı (m.8). Bu Anayasada, yüksek mahkemeler ayrıca sayılmamıştı. Sadece, bakanları, Danıştay ve Yargıtay başkan ve üyelerini, Cumhuriyet Başsavcısını görevlerinden doğacak işlerden dolayı yargılamak üzere Yüce Divan (Divân-ı Âli) kurulması öngörülmüştü (m. 61 – 67). Yüce Divan yargıyla ilgili bölümde yer almıştı. Yüce Divan üyeleri, onbiri Yargıtay'dan, onu Danıştay (Şûrayı Devlet)'den olmak üzere kendi genel kurulları tarafından gizli oyla seçilecekti. Yüce Divan kararları kesin-di.

Yüce Divan dışında, yönetsel davalara bakmak ve uyuşmazlıkları çözümlemek, Hükümetçe kendisine sunulan yasa tasarıları ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmaları üzerinde görüş bildirmek ve yasayla kendisine verilen görevleri yapmak üzere bir Danıştayın kurulması öngörülmüştü (m.51). Danıştay, yargı bölümü dışında, yürütmeye ilgili üçüncü bölümde yer almıştı, üyeleri Büyük Milet Meclisince seçilirdi. Bu Anayasada, Sayıştay'ın kuruluşuyla ilgili hüküm olmasına karşın (m.100, 101), Yargıtay'la ilgili ayrıca kural bulunmamaktaydı. Yargıtay'ın görev ve yetkilerinin belirlenmesi kuruluş yasasına bırakılmıştı. Bu Anayasada askeri yargıyla ilgili bir kural yer almamıştı.

## 1961 Anayasası

1961 Anayasasında, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına ilişkin öteki anayasalarda yer alan kural korunmuştu (m.7). Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri yasayla düzenlenecekti (m.136). İlk kez bu Anayasada, yüksek mahkemeler ayrı başlık altında toplanmıştı (m.139 – 142). Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Uyuşmazlık Mahkemesi yüksek mahkeme olarak sayılmıştı. Yüksek Hakimler Kurulu, yargı bölümünde yer almasına karşın yüksek mahkeme olarak gösterilmiyordu (m.143). Anayasa Mahkemesi, yargı bölümü içinde ayrı başlık altında düzenlenmişti; yüksek mahkemeler arasında yer almamıştı (m.145 –152). Yüksek Seçim Kurulu Üçüncü kısımda, yasama bölümü içindeydi (m.75). "Sorumluların hesap



ve işlemlerini kesin hükme bağlamak"la da görevli kılınan Sayıştay, yürütme içinde iktisadî ve mali hükümler başlığı altında yer almıştı (m.127).

Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, 1971 yılında Anayasada 1488 sayılı yasayla yapılan değişiklikle, ilk kez, yüksek mahkemeler arasında Danıştay'la ilgili 140. madde içinde yer aldı.

Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1973 yılında yapılan değişiklikle Anayasada yer aldı.. Yapılan değişikliğe göre, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin "yargılama usulleri" yasayla gösterilecekti. Ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemeleri, sivil yargıç ve savcılarla, askeri yargıç ve savcılarında oluşmaktaydı. Sivil ve asker yargıçlar karma yapı içinde kuruluşta yer almıştı.

"Askerî yargı" (2) , ilk kez, 1961 Anayasasında yer aldı (m.138). Anayasaya göre askerî yargı; askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülecektir, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri yargıçların özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvencesi askerlik hizmetlerinin gereklerine göre özel yasayla düzenlenecekti (m.138). Maddeye, 1971'de yapılan değişiklikle, yasayı düzenleme kapsa-

## (2) Askerî Yargı

Osmanlı döneminde askerî yargı ayrı bir gelişim göstermiştir. Osmanlı'da ilk askeri ceza yasası, yeniceriliğin kaldırılmasını takiben kabul edilen 1829 tarihli Kanunname-i Asakir-i Muhammediye'dir. Bunu 1837 tarihli "Cezaname" izlemiştir. Fransa'dan alınan 1869 tarihli Askerî Ceza Yasası'nın (Askerî Ceza Kanunname-i Hümayunu) 48. Maddesine göre kurulan Divan-ı Harp, beş kita subayından oluşmakta ve askeri davalara bakmaktaydı . Askerî Yargıtay, 1914 yılında, Divan-ı Temyiz-i Askerî adıyla kurulmuştur . Askerî yargıda çağdaş gelişim, 1632 sayılı Askerî Ceza Yasası ile 1631 sayılı Askerî Yargılama usûlü Yasası'nın 1930 yılında kabul edilmeleriyle gerçekleşmiştir. Bu yasalara göre yargılamada, gizlilik yerine "açıklık" ilkesi kabul edilmiş, savunma hakkı, kanun yoluna başvurma gibi sanık hakları düzenlenmiş, Divan-ı Harp yerine bugünküne benzer yapıda askerî mahkemeler; Divan-ı Temyiz yerine de Askerî Temyiz Mahkemesi Kurulmuştur.

Askerî yargı başlangıçta tümüyle sınıf subaylarından oluşmakta idi ise de, 1930 yılında askeri yargıçları da içerecek biçimde karma bir yapıya geçilmiş, daha sonra, 1961 Anayasasıyla askeri mahkemede üyelerin çoğunluğunun, savaş hali hariç, yargıçlık niteliğine sahip olması koşulu getirilmiştir. Bu kural 1982 Anayasasında yer almamıştır. Askerî mahkemelerin asker ve yargıçlardan oluşan karma yapısı devam etmektedir. Askerî Yargıtay tümüyle askeri yargıçlardan oluşmaktadır.

mina "askerî savcılık görevlerini yapan askerî hâkimlerin refakatında buldukları komutanlarla ilişkileri" ibaresi de eklendi.

1961 Anayasası, bir yandan, tüm yargıçlarla ilgili genel hükümler içersinde "hakimlerin bağımsız olduğunu, Anayasaya, yasaya ve vicdanî kanısına göre" karar vereceğini (m.132), hakimlik mesleğiyle ilgili maddede yargıçların özlük işlerinin yasayla düzenleneceğini, yargıçların 65 yaşına gelinceye kadar görev yapabileceklerini belirtirken, askeri yargıçların yaş haddinin yasayla belli edileceği hükmünü getirmişti (m.134); aynı madde 1971 yılında yapılan değişiklikle, askeri yargıçların "yaş haddi, yanında, yükselme ve emeklilikleri"de "özel yasaya" bırakılmıştı. Anayasa, askerî yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri yargıçların özlük işleri, askeri savcılık görevini yapan yargıçların refakatinde buldukları komutanlık ile ilişkileri "mahkemelerin bağımsızlığı" ve "askerlik hizmetlerinin gereklerine" göre düzenlenmesini öngörmekte idi. 1961 Anayasası, böylece, genel esaslarda, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına "bağımsız mahkemelerce" kullanılacağını, yargı yetkisini kullanmanın temel koşulunun "mahkemelerin bağımsızlığı" olduğunu belirtilmesine karşın (m.7), bir başka maddesinde mahkemelerin bağımsızlığıyla çelişen "askeri hizmetlerin gerekleri" ön plana çıkarmıştı.

Ayrıca bu Anayasa ile askeri mahkemelere asker olmayan kişileri "özel yasada belirtilen askeri suçlardan" dolayı yargılama yetkisi verilmiştir (m.138). Anayasada, 1971 yılında yapılan değişiklikle bu yetki, "özel yasada belirtilen askerî suçlar ile yasada gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada veya yasada gösterilen askerî mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlar" biçiminde genişletilmiştir.

Böylece, askerî mahkemeler, savaş ve sıkıyönetim halleri dışında da, kimi durumlarda sivilleri yargılayabilecek, sivilleri yargılarken, askeri hizmetlerin gereklerini de dikkate alarak karar vereceklerdir.

Anayasada yargı ile ilgili bölümde ortaya çıkan bu çelişkiler, askeri yüksek mahkemelere de yansımıştır.

1961 Anayasasının Askerî Yargıtay'la ilgili maddesinin ilk şekline göre, Askerî Yargıtay'ın da kuruluşu, yargılama usulleri, üyeler hakkında disiplin işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvençesi esaslarına göre

yasayla düzenleneceği belirtilmiş iken; maddede 1488 sayılı yapılan değişiklikle bu fıkraya "askerlik hizmetlerinin gerekleri" de eklenmiştir m.141).

Aynı ibare Askeri Yüksek İdare Mahkemesiyle ilgili 140. maddede de yer almıştır. Ayrıca, Anayasa, başka bir maddesinde "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir" (m.112) demesine ve idarî yapılanmada bütünlük ilkesini benimsemesine karşın; "idarî yargıda" bütünlükten vazgeçerek "asker kişilerle ilgili idarî eylem ve işlemlerin" yargı denetimini Yüksek İdare Mahkemesine vermesi "idarenin bütünlüğü" ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Kaldı ki, idare, hukuk alanında değişiklik ve yenilik yaratan irade beyanıyla bir işlem yaparken amaç, bir kamu hizmetinin yerine getirilmesidir. Askerlerle ilgili işlemler ve eylemlerde de amaç aynıdır. Askeri hizmetin gerekleri de, kamu hizmeti kapsamında, işlemin sebep unsurunu oluşturmaktadır. Bu nedenle yönetsel yargı yerleri arasında, işlemi tesis edene göre bir ayırım yapılmaması gerekirdi.

Anayasa, ayrıca, bir bütün olan idarenin işlemlerinin denetimini yapacak kurumlar arasında, yapısal yönden de bir ayırım oluşturulmuştur.

Anayasa, bir yandan Danıştay'ın kuruluşu, işleyişi, yargılama ve daire başkanlarının seçimi usulleri, mensuplarının nitelikleriyle atanmaları, meslekte ilerlemeleri, haklarında disiplin kovuşturması yapılması ve disiplin cezası uygulanması "mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi esaslarına göre yasayla düzenleneceğini belirtirken (m.140); öte yandan, aynı maddede ve aynı yargı alanında görev yapacak Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin kuruluşunun, işleyişinin, yargılama usullerinin, başkan ve üyelerinin nitelikleri ile atanmalarının, disiplin ve özlük işlemlerinin, yargıç güvencesi yanında "askerlik hizmetlerinin gereklerine" göre ayrı bir yasayla düzenlenmesini öngörmüştür.

### **1982 Anayasasında yargı ve yüksek mahkemeler**

1982 Anayasasına göre, yargı yetkisi, Türk Ulusu adına "bağımsız" mahkemelerce kullanılır (m.9). Bağımsızlık, Türk ulusu adına yargı yetkisini kullanabilmenin temel koşuludur.

Yargıçların görevlerindeki bağımsızlığı onların nesnel bağımsızlığı, yargıçlık güvencesi ise, öznel (kişisel) bağımsızlıklarıdır. Anayasaya göre, Yargıç-

lar, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanılarına göre karar verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır (m.138). Yargıçlar ve savcılar azlonulamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa aylık, ödenek ve öteki özlük haklarından yoksun kılınmaz (m.139).

Anayasa, böylece, yargı ile ilgili bölümde, mahkemelerin bağımsızlığı, yargıçlık ve savcılık güvencesini belirleyen kurallar öngörmesine karşın, aynı bölümde, mahkemelerin bağımsızlığı temel kuralıyla çelişen hükümler içermektedir:

1982 Anayasasında, Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1961 Anayasasının değişik şekline benzer biçimde asker – sivil karma yapı içinde yer almıştır (m.143). Devlet Güvenlik Mahkemelerinin işleyişi, görev ve yetkileri ve yargılama usulleri özel yasayla düzenlenecektir. Böylece bu mahkemelerde, Anayasanın, öteki mahkemeler için öngördüğü genel yargılama esaslarının dışına çıkmıştır (m.142). Anayasaya göre, Devlet güvenlik Mahkemesinin yargı çevresine giren bölgede, sıkıyönetim ilan edilmesi durumunda, o bölgedeki Devlet Güvenlik mahkemesi, sıkıyönetim askeri mahkemesine dönüştürülebilecektir.

Anayasanın, Devlet Güvenlik Mahkemeleriyle ilgili maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin incal davası (3) nedeniyle verdiği karar doğrultusunda ve Abdullah Öcalan Davası öncesinde 1999 yılında değişiklik yapılmış ve askeri yargıç ve savcılar bu mahkemelerin kuruluşundan çıkarılmışlardır. Ancak, bu mahkemelerin yargılama usulleriyle ilgili kural saklı tutulmuştur.

Askeri yargı, 1982 anayasasında, 1961 Anayasasında olduğu gibi, kimi durumlarda sivillerin de yargılanmasını içerir yetkilerle, “askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri yargıçların özlük işleri, askerî savcı-

(3) AİHM'nin, 9.6.1998 günlü kararı, 41/1997/825/1031

lık görevlerini yapan askerî yargıçların mahkemesinde görevli buldukları komutanlık ile ilişkileri , mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik güvenesi yanında, “askerlik hizmetinin gereklerine göre” yasa ile düzenlenmesini öngörecek biçimde yer almıştır (m.145). 1982 Anayasası, 1961 Anayasasındaki, “askerî mahkemelerde üyelerin çoğunluğunun hâkimlik niteliğine sahip olması şarttır.” kuralına yer vermemiştir. Anayasada, ayrıca, askerî yargıçlar, yargıçlık ve savcılık için öngörülen genel düzenleme dışında tutularak, yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri yönünden özel ve ayrı yasaya bağlı kılınmışlardır (m.140).

Anayasanın, yargı bölümünde yer alan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ile ilgili maddesinin ilk fıkrasında, bu Kurulun, “mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre” kurulup görev yapacağı belirtilmesine karşın; öteki fıkralarında, mahkemelerin bağımsızlığıyla bağdaşmayacak biçimde, Kurulun başkanının Adalet Bakanı, Bakanlık müsteşarının ise Kurulun doğal üyesi olması öngörülmüştür. Kurul Bakanlık emrindeki sekreteryadan yararlanacak, gündem Bakanlıkça belirlenecektir. Daha kötüsü bu Kurulun kararlarına karşı yargı yolu kapalı tutulmuştur. Anayasanın yargıç ve savcılarının denetimiyle ilgili maddesine göre (m.144) müfettişler, denetimlerini “Adalet Bakanının izniyle” yapabileceklerdir.

Öncelikle, bu yapılanma mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Ayrıca bu Kurulun çalışması ve özellikle yüksek yargı yerlerine üye seçiminde uyguladığı yöntem nesnel ölçütlere dayandırılmamıştır.

1982 Anayasasında, yüksek mahkemeler ortak başlık altında yer almışlardır. Anayasaya göre, yüksek mahkemeler, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi'dir. Böylece, 1982 Anayasası, anayasa yargısı, adli yargı, idarî yargı ve askerî yargı ayırımına dayanmaktadır.

Askerî yargı, kendi içinde adli ve idarî olarak iki bölümlüdür.

Sorumluların hesap ve işlerini kesin hükme bağlamakla görevli Sayıştay, yargı bölümü içinde yer almakla beraber yüksek mahkemeler arasında sayılmamıştır. Üstelik, 1982 Anayasası, 1961 Anayasasından farklı olarak, Sayıştayın verdiği kesin kararlarına karşı idarî yargı yolunu kapamıştır.

İlgililer, Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında, bir kereye mahsus olmak kaydıyla karar düzeltilmesi isteminde bulunabileceklerdir (m.160).

## YÜKSEK MAHKEMELER

Bir mahkemenin yüksek mahkeme sayılabilmesi için, öncelikle genel görevli olması, kararlarını incelediği alt derece yargı yerlerinin bulunması, verdiği kararların kesin ve herkes için bağlayıcı olması, kararlarına karşı gidilebilecek başka yargı yerinin bulunmaması, verdiği ayrıntılı gerekçeli kararlarıyla yargı yerlerine ve ülkedeki hukuksal uygulamaya ışık tutması ve yargı kararlarında birlik sağlaması gerekir. Türkiye uygulamasında bu niteliklerin bulunup bulunmamasına çok da fazla önem verilmeden yüksek mahkemeler anayasayla belirlenmiştir.

1982 Anayasasına göre yüksek mahkemeler:

### Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi, onbir asıl ve dört yedek üyeden kurulur. Üyelerinin tamamı, kimi durumlarda resen, kimi durumlarda ise gösterilen adaylar arasından Cumhurbaşkanı tarafından atanmaktadır. Anayasaya göre Anayasa Mahkemesi, yasaları, yasa hükmünde kararnameleri ve TBMM İttüzüğünü şekil ve esas bakımından; Anayasa değişikliklerini sadece biçim (şekil) yönünden denetler (m.148); Yüce Divan olarak çalışır, siyasal partilerin kapatılması davalarına bakar (m.69), Meclisin yasama dokunulmasının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine ilişkin davalara bakar (m.85), Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanını kendi üyeleri arasından görevlendirir (m.158).

Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetim yetkisi, Anayasa'daki genel hükme karşın, olağanüstü yasa hükmünde kararnameler, kimi TBMM kararları ve geçici 15. madde kapsamına giren konular yönlerinden sınırlandırılmıştır. Ayrıca, kimi idarî nitelikteki işlemlere karşı yargı yolunun kapalı olması, bu işlemler nedeniyle uygulanan yasalara karşı, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvuruyu da engellenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, böylece, Anayasaya uygunluk denetiminde kapsamı Anayasayla sınırlı bir yetki kullanmaktadır.

## Yargıtay

Adliye mahkemelerince verilen ve yasanın başka bir adli yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir (m.154). Yasalarla kendisine bırakılan davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar. Yargıtay'ın temel görevi, uygulamada adli yargıda birlik sağlamak, içtihatlarıyla hukuka yön vermektir.

Yargıtay, böylece, genel görevli temyiz mahkemesi, ancak kimi davalar yönünden özel görevli ilk ve son derece mahkemedir.

Yargıtay üyeleri, birinci sınıfa ayrılmış, adli yargı yargıç ve savcıları ile bu meslekten sayılanlar arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ile gizli oyla, belirli kişisel takdir esasına göre seçilirler.

Yargıtay birinci başkanı, birinci başkanvekilleri ve daire başkanları Yargıtay Genel Kurulunca, kendi üyeleri arasından üye tam sayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ve Cumhuriyet Başsavcı vekili, Yargıtay Genel Kurulunun kendi üyeleri arasından gizli oyla belirleyeceği beşer aday arasından Cumhurbaşkanı tarafından dört yıl için seçilirler, süresi bitenler yeniden seçilebilir.

Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi, Başkanın, başkanvekillerinin, daire başkanlarının, üyeleri ile, C. Başsavcısı ve C. Başsavcıvekilinin nitelikleri ve seçim usulleri, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı" esaslarına göre yasayla düzenlenir.

## Danıştay

İdarî mahkemelerce verilen ve yasanın başka bir idarî merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Yasada gösterilen belli davalara ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar (m.155). .

Danıştay, yetki alanına giren davaları görmekle, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen yasa tasarıları hakkında düşüncelerini bildirmek, tüzük tasarıları incelemek, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve

sözleşmeleri hakkında düşüncesini bildirmek (4), idarî uyuşmazlıkları çözümlenmek ve yasada gösterilen diğer işleri yapmakla görevlidir. Danıştay'ın, yasa ve tüzük tasarılarıyla ilgili görevini, Yasasının 48. maddesinde 1990 yılında yapılan değişiklikle, yasa tasarıları yönünden Anayasaya; tüzük tasarıları yönünden ise yasaya uygunlukla sınırlayan kural, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir (5).

Danıştay'ın temel görevi, uygulamada idari yargıda birliği sağlamak, içtihatlarıyla idare hukukuna yön vermek ve uygulamaya ışık tutmaktır.

Danıştay üyelerinin dörtte üçü, birinci sınıf idarî yargı hakim ve savcılarla bu meslekten sayılanlar arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu; dörtte biri, nitelikleri yasada belirtilen görevliler arasından Cumhurbaşkanı tarafından seçilir. Danıştay Başkanı, Başsavcı, başkan vekilleri ve daire başkanları, kendi üyeleri arasından Danıştay genel kurulunca üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla dört yıl için seçilirler. Süresi bitenler yeniden seçilebilirler.

Danıştay'ın, kuruluşu, işleyişi, Başkan, Başsavcı, başkanvekilleri ve üyelerin nitelikleri ve seçim usulleri, " idarî yargının özelliği, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi" esaslarına göre yasayla düzenlenir. İdarî yargının özelliği ölçütü, 1961 Anayasasında yer almamıştı, 1982 Anayasasıyla getirilmiştir.

Anayasaya göre Danıştay, Yargıtay gibi, genel görevli temyiz mahkemesi, ancak kimi davalar yönünden ilk ve son derece mahkemedir.

Ayrıca, danışma ve inceleme merciidir.

### **Askeri Yargıtay**

Askeri Yargıtay, askerî mahkemelerden verilen karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Ayrıca asker kişilerin yasada gösterilen belli davaları-

(4) Danıştay'ın, "Tüzük tasarılarını ve imtiyaz sözleşme ve şartlaşmalarını" incelemek görevi, Anayasanın 125. ve 155. maddelerinde 13.8.1999 günlü, 4446 sayılı yasayla yapılan değişikliğe koşut olarak, 18.12.1999 günlü, 4492 sayılı yasayla "düşünce bildirme" şeklinde değiştirilmiştir.

(5) Maddede, 3619 sayılı yasayla yapılan değişiklik, AYM'nin 21.6.1991 günlü, E1990/91, K1991/15 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. RG: 24.7.1992/ 21335



na ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar (m.156). Sıkıyönetim halinde, sıkıyönetim askeri mahkemesine dönüştürülen devlet güvenlik mahkemesi kararlarına karşı temyiz merci Askeri Yargıtay olacaktır.

Askerî Yargıtay, böylece, Yargıtay ve Danıştay gibi genel görevli askeri temyiz mahkemesi, ancak kimi davalar yönünden ilk ve son derece mahkemedir.

Bu Mahkemenin üyeleri, birinci sınıf askeri yargıçlar arasından Askerî Yargıtay Genel Kurulunun üye tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oyla her boş yer için gösterilecek üçer aday arasından Cumhurbaşkanınca seçilir. Askerî Yargıtay Başkanı, Başsavcısı ve daire başkanları Askerî Yargıtay üyeleri arasından rütbe ve kıdem esasına göre askeri usuller uyarınca atanırlar.

Askerî Yargıtay'ın kuruluşu, işleyişi ve mensuplarının disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı ve askerlik hizmetlerinin gereklerine göre yasayla düzenlenir.

Böylece bu mahkemenin kuruluşu, işleyişi ve yargıçlarının özlük işlerinin belirlenmesinde, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıçlık güvencesi yanında "askeri hizmetlerin gerekleri" ayrı bir ölçüt olarak dikkate alınacaktır. Böylece, askeri Yargıtay, asker olmayan kişilerle ilgili davalarda da, askeri hizmetlerin gereklerine uyulup uyulmadığını dikkate alacaktır. Mahkemelerin bağımsızlığı ile emir ve kumanda esasına dayalı askeri hizmetlerin gerekleri bağdaşmamaktadır.

### **Askerî Yüksek İdare Mahkemesi**

Askeri yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemedir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması koşulu aranmaz (m. 157). Bu durum, asker olmayan kişilerin askerlik yükümlülüklerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde de bu yüksek mahkemenin yetkili olduğu anlamına gelmektedir. Askerî yüksek İdare Mahkemesi, ilk ve son derece olarak doğrudan karar vermektedir, alt mahkemeleri bulunmamaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin üyeleri, yargıç sınıfından olan ve olmayan olmak üzere iki ayrı kaynaktan gelmektedir.

Mahkeme, iki daire, daireler kurulu ve Genel Kuruldan oluşmaktadır. Daire üyelerinin dördü askeri yargıç, ikisi kurmay subaydır. Daireler, çoğunluğu askeri yargıç sınıfından gelenler olmak üzere beş üyeyle toplanmaktadır.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin askerî yargıç sınıfından olan üyeleri, mahkemenin bu sınıftan olan başkan ve üyeleri tamsayısının salt çoğunluğu ve gizli oy ile birinci sınıf askerî yargıçlar arasından her boş yer için gösterilecek üç aday içinden; yargıç sınıfından olmayan üyeleri ise, rütbe ve nitelikleri yasada gösterilen subaylar arasından, genelkurmay Başkanlığınca her boş yer için gösterilecek üç aday içinden, Cumhurbaşkanınca seçilir.

Askeri yargıç sınıfından olmayan üyelerin görev süresi en fazla dört yıldır.

Mahkemenin Başkanı, Başsavcısı ve daire başkanları, yargıç sınıfından olanlar arasından rütbe ve kıdem esasına göre askeri usuller uyarınca atanırlar.

Askerî Yüksek idare Mahkemesinin kuruluşu, işleyişi, yargılama usulleri, disiplin ve özlük işleri, mahkemelerin bağımsızlığı, yargıçlık güvencesi ve “askerlik hizmetlerinin gereklerine göre” yasayla düzenlenir.

Bu mahkemenin, askeri yargıç olmayan üyelerinin, işlem ve eylemlerini inceledikleri Genelkurmay Başkanlığınca aday olarak gösterilmeleri mahkemenin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi ilkeleriyle bağdaşmaz.

Kaldı ki, “askeri hizmetin gerekleri”, Anayasanın yargıca verdiği, “Anayasaya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanısına göre karar vermek” (m.138), göreviyle ve mahkemelerin bağımsızlığı ilkesiyle çatışır.

### **Uyuşmazlık Mahkemesi**

Adli, idarî ve askerî yargı mercileri arasında oluşan görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümler (m.158). Görev uyuşmazlıkları, iki ayrı yargı alanındaki mahkemenin kendilerini görevli görmeleri durumunda olumlu; her iki ayrı yargı alanındaki mahkemelerin kendilerini görevsiz

bulmaları durumunda olumsuz görev uyuşmazlığı söz konusudur. Hüküm uyuşmazlığı, koşulları nadiren oluşur; adli, idarî ve askeri yargı yerlerinden en az ikisi arasında görevle ilgili olmaksızın aynı konuda ve aynı sebebe bağlı olarak kesin olarak verilen ya da kesinleşmiş ve taraflardan en az biri aynı olan ve kararlar arasındaki çelişki nedeniyle hakkın yerine getirilmesi olanaksız bulunan durumlarda söz konusu olabilir (2247, m.24). Ceza kararlarında hüküm uyuşmazlığının ortaya çıkabilmesi için sanığın, fiilin ve maddi olayın aynı olması gerekir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, esas olarak idarî yargının görev alanını adli yargıya karşı korumak amacıyla kurulmuştur. Ancak kuruluş yasası, sadece idarî yargının değil, adli ve askeri yargının görev alanlarını da koruyacak biçimde düzenlenmiş ve her yargının görev alanını olumlu görev uyuşmazlığı çıkarılması yoluyla koruma işi kendi Başsavcısına vermiştir..

Uyuşmazlık Mahkemesinin kuruluşu, üyelerinin nitelikleri ve seçimleri yasayla düzenlenir. Bu Mahkemenin Başkanlığını, Anayasa Mahkemesince kendi üyeleri arasından görevlendirilen üye yapar.

Kuruluş yasasına (6) göre Uyuşmazlık Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi başkan ve üyeleri arasından seçilen üyelere oluşur. Mahkeme bir başkan, 12 asıl ve 12 yedek üye ile kurulur, hukuk ve ceza bölümlerini içerir, bunların birlikte toplanması Genel Kurulu oluşturur. Her bölüm, bir başkan ve altı üyeden kurulur.

Uyuşmazlık Mahkemesi üyeleri, Yargıtay ve Danıştay'ın her boş yer için gösterdikleri iki kat aday arasından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca; Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kendi başkan ve üyeleri arasından gösterdikleri iki kat aday arasından Cumhurbaşkanınca seçilirler.

Hukuk bölümü üye adayları, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ile Danıştay genel Kurulu tarafından; Askeri yüksek İdare Mahkemesi Genel Kurulunca askeri yargıç sınıfından olanlar arasından seçilirler.

(6) 1979 yılında çıkarılan 2247 sayılı yasa

Ceza Bölümüne üye adayı seçimi ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca ve Askeri yargıtay genel kurulunca seçilirler.

Böylece Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, Yargıtay Hukuk genel Kurulundan, Danıştay ve Askeri Yüksek idare mahkemesi Genel Kurulundan seçilen ikişerden toplam altı asıl ve altı yedek üyeden; Ceza Bölümü ise, Yargıtay Ceza Genel Kurulundan ve Askeri Yargıtay Genel Kurulundan seçilen üçerden toplam altı asıl, altı yedek üyeden oluşur.

## TÜRKİYE'DE ADLÎ – İDARİ YARGI AYRIMI

### Tarihçe

Tanzimat dönemi öncesinde, nizamnamelerin ve yasaların hazırlanması yanında adlî işlerle görevli (1837) Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâm-ı Adliye, günümüzde Yargıtay ve Danıştay'a benzer yetkiler kullanmaktaydı (7). Bir anlamda yargı birliği vardı. 1868 de, Fransa örnek alınarak, Meclis-i Vâlâ-yı Ahkâmı Adliye, Şûra-yı Devlet (Danıştay) ve Divan-ı Ahkâmı Adliye (Yargıtay) adlarıyla iki bölüme ayrıldı. Şûrayı Devlet, çeşitli idarî görevleri yanında, "hükümet ve eşhas beyninde (arasında)" (8) olan davalara da bakmakla görevli kılındı. Ancak, Şûrayı Devletin kararları, Sadrazamın onayı ve Padişahın iradesi ile yürürlüğe giriyordu (tutuk adalet) (9). Böylece, bu ayrımla Fransa örnek alınarak, yargı ayrılığına gidildi. Öteyandan, bu dönemde Şeriye ve nizamiye mahkemeleri ikilemi devam etmekte, ayrıca, müslüman olanlarla olmayanlar arasındaki davalara karma mahkemelerde bakılmaktaydı.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî, Şûrayı Devletin yargısal görevini genel mahkemelere vermesiyle yönetsel yargı sisteminden uzaklaştırıldı, yargı birliğine gidildi (M.85). Ancak, Şer'îye ve nizamiye mahkemeleri ikilemi anayasal kuralla korundu (m.87).

Şûrayı Devlet, öteki Osmanlı kurumları gibi 1.11.1922 de kaldırılmıştır.

(7) Karal, E. Z., Osmanlı Tarihi, C.5, S.172

(8) Şûrayı Devlet Nizamnamesi, I. Tertip Düstür, CI, s. 703

(9) Şûrayı Devlet Nizamname-i Dahilisi, m. 8, I. Tertip Düstür, C.I, S.707

Şûrayı Devlet'in yeniden kurulması ve yönetsel davalara bakmakla görevlendirilmesi 1924 Anayasasıyla olanaklı olmuştur. Bu tarihten itibaren Türk Yargı sisteminde adli – İdarî yargı ayrımı esas olmuştur.

Türk yargı sisteminin, Tanzimat dönemiyle başlayan ve bugüne değin geçen süreçte, Kanun-ı Esasî ve Kurtuluş Savaşı dönemi hariç, esas olarak, adli – İdarî yargı ayrımına dayandığı söylenebilir. Türkiye uygulamasında, Angloamerikan sistemindeki yargı birliği yerine, daha çok Fransa ve Kara Avrupası'nın yargı ayrılığı esasının benimsendiği gözlenmektedir.

### Adli Yargı

Adli yargı, esas olarak, hukuk davalarında, çekişmeli ya da çekişmesiz konularda özel hukuku; Ceza davalarında ise ceza kurallarını uygulamakla görevli yargı düzenidir. Adli yargı, hukuk alanında, eşitler arasındaki uyuşmazlıkları çözümler. Bu yargı düzeninde adli yargı ve askeri yargı görev yapmaktadır. Bu sistem içerisinde adli yargının genel görevli; askeri yargının ise, sadece asker kişilerin askeri olan suçları ile, disiplin ve askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ilişkin davalara bakmakla özel görevli olması gerekirdi. Ancak, Anayasa, asker olmayan kişilerin de, kimi durumlarda, askeri yargı yerleri tarafından yargılanmasını öngörmüş, bir anlamda askeri yargı yerlerine genel görevli mahkeme niteliğini kazandırmıştır.

### İdarî Yargı

İdarî yargı, yönetsel uyuşmazlıkların çözümüyle ilgili yargı sistemidir. Bu sistem, kıta Avrupası'nda olduğu gibi adli yargıdan ayrı ve bağımsızdır. Bu ayrılığın nedeni, iki yargı sisteminin çözmekle görevli oldukları hukuksal uyuşmazlıkların temelde birbirinden ayrı olmasıdır. Adli yargıda, uyuşmazlıklar eşit statüde bulunanlar arasında, başka bir deyişle, özel hukuk ilişkisinden ya da kişinin suç oluşturan bir davranışından doğmasına karşın; idarî yargıda uyuşmazlıklar kamu hukuku ilişkisinden kaynaklanmaktadır. İdare hukukunda, işlemi tesis eden makam, genellikle kamu gücüne dayanmakta, üstün yetki ve ayrıcalıklardan yararlanmaktadır. İdare, bu kapsamda, tek yanlı iradesiyle, kural koyabilmekte, işlem ve eylem yapabilmekte, izin verebilmekte, soruşturma ve yönlendirme yapabilmektedir. Bu iki yargının dayandıkları sistemler ve ilkeler de farklıdır.

İdarenin işleyişinden doğan uyumsuzlukların, idare hukuku kuralları içerisinde çözülmesi özde uzmanlığa uygun düşer. İdarenin sorumluluğu ve bireyin yönetime karşı korunması idari yargı organlarının geliştirdikleri içtihatlarla kolaylaşır ve gelişir. Nitekim, idarî yargı, idarenin sorumluluğu konusunda, esasta kusurlu sorumluluğa dayanan adli yargıdan önemli ölçüde ayrılarak, hizmetin geç işlemesi, kötü işlemesi ya da hiç işlememesine dayalı hizmet kusuru anlayışından; tehlike riski (10) ve kamusal hizmetten doğan külfetin denkleştirilmesi ilkelerini içeren kusursuz sorumluluk anlayışına ulaşmıştır. (11) İdarî yargının bu sonuca varmasında, Anayasa'nın, kusursuz sorumluluğu ön gören, "İdare, kendi eylem ve işleminden doğan zararı ödemekle yükümlüdür"(1961,m.114; 1982,m.125) kuralının etkisi büyüktür.

İdarî yargının, idare hukuku alanındaki boşlukları, yorumlarıyla doldurabilmesi, büyük oranda, yargıçlarının, düz yargıçlık niteliklerine sahip olmaları yanında, idarenin işleyişi, idarenin ve vatandaşların maruz kaldıkları güçlükler hakkında bilgili ve deneyimli kılınmalarına bağlıdır.

### 1982 Anayasasında idarî yargı – adli yargı ayrımı (12)

1982 Anayasa, daha önceki Cumhuriyet dönemi anayasaları gibi idarî yargı – adli yargı ayrımına dayanmaktadır.

- 
- (10) Tehlike riski, esas olarak, özel hukuktan alınmış olsa da, idare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak, idarenin "kurtuluş beyyinesi" ile sorumluluktan kurtulması olanağı bulunmamaktadır. Tehlike riski, idarenin kullandığı tehlikeli araç ve gereçlerden, mesleki riskten ve terör olaylarında (sosyal risk)s doğan zararlara karşıdır , Bkz. Günayay metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, 2. baskı, Ank. 1997, S.252 – 254.
- (11) İbid, S. 255
- (12) Osmanlı döneminde, 1864 yılında çıkarılan "İdarei Umumiyei Vilayet Nizamnamesi"ne göre, mülki yönetim yeniden düzenlenmiş ve illerde, "idare meclisleri" kurulmuştu. Bu meclisler mülki amirin başkanlığında, idare şube başkanları, kadı ve müsliman olmıyan dini lider ve müslüman olan ve olmayan ahaliden ikişer üyeden oluşmaktaydı. 1949 yılında çıkarılan 5442 sayılı İl idaresi yasasıyla, illerde, valinin başkanlığında hukuk işleri müdürü, defterdar, milli eğitim, bayındırlık ve iskân, sağlık, tarım ve köy işleri müdürlerinden oluşan "İl İdare Kurulları"; ilçelerde, kaymakamın başkanlığında yazı işleri müdürü, sağlık ocağı hekimi, milli eğitim müdürü, tarım ve köy işleri müdüründen oluşan "İlçe İdare Kurulları" kuruldu. Bu kurullar, kimi kollarında yönetsel yargı yetkisi de kullanmakta idiler. İlçe idare kurullarının

Anayasa, öncelikle, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılmasını ve yerine getirilmesini öngörmüştür. Anayasa, bir anlamda, yürütme yetkisini, yasamaya bağlı türevsel bir yetki olarak görmüş ve yasallık ilkesini benimsemiştir. Yasallık ilkesi, yasaya uygun davranma yükümü yanında, yasaya uygunluk denetimini de içerir. Bu denetimi hangi yargı yeri yapacaktır? sorusunun yanıtı, Anayasanın “yürütme” başlıklı bölümünde “İdare” alt başlığıyla getirilen düzenlemede bulunmaktadır:

Anayasaya göre, “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir” (m.123). Bu kural, Anayasanın, “idarenin bütünlüğü” ilkesini benimsediğini göstermektedir. Anayasa, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” (m.125) kuralını yargı ile ilgili bölümüne yerine, yürütme içinde idare ile ilgili düzenlemede getirmiştir. İdarenin eylem ve işlemlerine karşı yargısal başvuru yeri her halde “idarî yargı” olmalıdır. Anayasanın idareyle ilgili düzenlemesinde, askerî nitelikli eylem ve işlemler yer almamış, bunlara karşı ayrı yargı yeri gösterilmemiştir. Maddede, sadece, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile Yüksek Askerî Şura kararları yargı denetimi dışında bırakılmıştır (m.125).

Anayasa temel kural olarak, “idarenin bütünlüğü” ilkesini benimsemesine karşın; yargı ile ilgili bölümde (m.157), asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemleri genel idarî eylem ve işlemlerden ayırarak Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin denetimine bırakmıştır. Bu durum idarenin bütünlüğü ilkesiyle çelişmektedir. Ayrıca, Anayasanın 125. maddesinin birinci fıkrasına, 13.8.1999 günlü, 4446 sayılı yasayla yapılan ekleme ile, Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların ulusal ya da uluslararası tahkimle çözümlenmesi yolu açılmıştır. Anayasaya göre, uluslararası tahkime ancak yabancılik unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilecektir. Böy-

---

yargısal kararlarına karşı, il idare kuruluna; il idare kurulu kararına karşı ise, Danıştaya başvuru yolu açıktı. Bu kurulların yargı ile ilgili yetkileri 6.1.1982 günlü, 2576 sayılı "Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanun"la kaldırılmıştır.

lece, idarenin bütünlüğü ve idarî yargının birliği ilkesine bir yama da tahkim yoluyla getirilmiştir (13).

Anayasanın, üçüncü kısmının yargı ile ilgili bölümünde, adli yargı – idarî yargı ayrımı açıkça görülür durumdadır:

Bu bölüme göre yargıçlar ve savcılar, adli ve idarî yargı hakim ve savcılarını olarak görev yaparlar (m.140). Bu görevler meslekten yargıç ve savcılar eliyle yürütülür. Hakimler ve savcılar Yüksek Kurulu, adli ve idarî yargı yargıç ve savcılarını mesleğe kabul etme, atama ve nakletme, geçici yetki verme, yükselme ve birinci sınıfa ayırma, kadro dağıtımını, meslekte kalmaları uygun görülmeyenler hakkında karar verme, disiplin cezası verme, görevden uzaklaştırma işlemlerini yaparlar (m.159).

Son olarak, adli işlerle ilgili olarak Yargıtay, yönetsel işlem ve eylemlere karşı açılan davalarla ilgili konularda Danıştay, asker kişileri ve askeri hizmete ilişkin konularda ilk ve son derece mahkemesi olarak Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, bu bölümde, yüksek mahkemeler arasında yerlerini almışlardır.

Bu durumda Anayasanın, adli yargı ve idarî yargı ayrımını kesin olarak benimsediği anlaşılmaktadır. Ancak, idarenin bütünlüğü içinde yer alması gereken idarî işlem ve eylemlerin asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin bölümü, bütünlükten ayrılarak aynı idarî yargı alanında Askerî Yüksek İdare Mahkemesine verilmiştir.

### **İdarî yargı– malî yargı – vergi yargısı ayrımı**

#### **İdarî yargı – malî yargı**

Genel ve katma bütçeli dairelerle ilgili işlerde, sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamakla görevli Sayıştay'ın, bu tür kararlarının yönetsel nitelikli mi olduğu ya da malî yargı kararı mı olduğu tartışılabilir. Anayasa Mahkemesi 1961 Anayasası döneminde, sayıştay'ın “kesin hüküm” nitelikli kararlarının yönetsel işlem niteliğinde olduğuna ve bu ka-

---

(13) Bkz. Polatkan Vahit, Yap İşlet devret Modeli İle Ulusal ve Uluslararası Tahkim, Ank. 2000



rarlara karşı Danıştay'a başvuru yolunu kapatan yasa kuralının iptaline karar vermişti. Ancak, 1982 Anayasasında yapılan yeniden düzenleme ile sayıştay'ın, 1961 Anayasasında bulunduğu "İktisadi ve Malî Hükümler" bölümünden çıkarılarak yargı ile ilgili bölümde yer alması, kesin hüküm kararları hakkında bir defaya mahsus karar düzeltilmesi isteminde bulunabilme yolunun açık olması ve bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulamaması (m.160) karşısında, yüksek yargı yeri sayılmasa da, idarî yargının dışında tutulan, kendine özgü bir malî yargı yeri olduğunun kabulü gerekir.

### İdarî yargı – vergi yargısı

Vergi yargısı, idarî yargı alanı içinde yer almasına karşın, yargı yerleri açısından idarî yargı yerlerinden ayrı, daha çok uzmanlığı gerektirir nitelikte kurumsallaşmıştır.

1982 yılına değin vergilere ilişkin tarh ve tahakkuk işlemlerine ve vergi cezalarına karşı davalar Maliye Bakanlığını bünyesinde yer alan itiraz komisyonlarına açılmakta, bunların verdikleri kararlar Maliye Bakanlığı Temyiz Komisyonunda incelenmekte, Temyiz Komisyonu kararlarına karşı temyizen Danıştay'a gidilebilmekte idi (14). Vergi mahkemeleri, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin kuruluşu ve Görevleri hakkındaki yasayla (15) idare mahkemeleriyle birlikte kurulmuşlardır. Aynı yasayla kurulmalarına ve aynı yargılama usulu yasasına bağlı olmalarına karşın, bu iki tür yargı yerinin görev ve yetki alanları farklıdır.

Vergi ve idare mahkemelerinin kararlarına karşı temyizen başvuru yeri Danıştay olmakla birlikte, vergi mahkemelerinin kararları Danıştay'ın görevli vergi dairesinde; idare mahkemesinin kararına karşı yapılan temyiz başvuruları ise Danıştay'ın görevli idare mahkemesinde incelenip karara bağlanmaktadır.

(14) Gümrük vergilerine ilişkin uyumsuzklara karşı Gümrük ve Tekel Bakanlığı Bünyesinde kurulu "Gümrük Hakem kurulu" na başvurulabilmekte, bunların kararlarına karşı da Danıştaya gidilebilmekte idi.

(15) 6.1.1982 günlü, 2576 sayılı yasa.

Danıştay'ın dava daireleri, idarî ve vergi dava dairelerinden oluşmaktadır. Ayrıca, İdarî Dava Daireleri Kurulu, idari dava dairelerinin başkan ve üyelerinden; Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu ise, vergi Dava Dairelerinin başkanlarıyla üyelerinden kuruludur (Danıştay Yasası / 2575). Böylece Danıştay dava dairelerinin yapılanması, ilk derece mahkemelerinde olduğu gibi, iki ayrı yargı esasına dayanmaktadır. Amaç, her iki yargının uzmanlık alanının korunmasıdır. Ancak, her iki tür dava dairelerindeki üyelerin, Danıştay üyesi olmaları nedeniyle, uygulamada, vergi dairesinde uzun süre çalışan bir üye, idarî dairede ya da vergide hiç çalışmamış bir üye, vergi dairesinde Başkanlık Kurulu kararıyla görevlendirilebilmektedir. Bu durum, iki ayrı yargı yetkisinin uzmanlık esasına göre kullanılmasını amacını gölgelemektedir. Özellikle daha teknik nitelikli olan vergide uzmanlığa duyulan gereksinme kendisini daha çok hissettirmektedir.

Danıştay Yasası, bir çok maddesinde, idarî yargı – vergi yargısı ayırımına özenle uymuştur. Danıştay Yasası, bir kısım işlerin başka dairelere verilmesiyle ilgili 37. maddesinde, dava dairelerinin işlerinde birbirine göre oransızlık görülürse, bir dairenin görevine giren işlerden bir bölümünün, “dairelerin vergi ve idare uyumsuzluklarına ilişkin görev ayırımı göz önünde bulundurularak, Başkanlık Kurulu kararıyla öteki dairelere verilebileceği öngörülmüştür. Benzer biçimde, bir başka maddede, idarî dairelerin işlerinde bir birlerine göre oransızlık görülürse, bir idarî dairenin işlerinden bir bölümü öteki idarî daireye verilebilecektir (m.44). Ancak, Danıştay Yasasının 26. Maddesinde 2.6.2000 günlü, 4575 sayılı yasayla yapılan değişiklik sonucunda, Başkanlık Kurulu, iş yükü bakımından zorunluluk doğması durumunda vergi dava dairelerinden birini idarî dava dairesi olarak, idarî dava dairelerinden birini vergi dava dairesi olarak görevlendirebileceği kuralı getirilmiş, böylece Danıştay Yasasının, idarî yargı – vergi yargısı ayırımına gösterdiği özenin kapsamı daraltılmıştır. Burada Anayasa hukuku açısından da bir sorun ortaya çıkmış, yasayla kurulan bir dairenin görevinin, yasal yetkiye de dayansa, bir yönetsel işlemle değiştirilebilir, değiştirilemeyeceği tartışılır duruma gelmiştir (yasa hükmünde başkanlık kurulu kararı).

## SONUÇ

Kural olarak her yüksek mahkeme, alt derece yargı yerleriyle birlikte ayrı bir yargı alanı oluşturur (16). Bir ülkede, aynı hukuk düzeni içerisinde yargı alanlarının sayılarının artması o hukuk dalında yargı kararları arasında birliğin sağlanmasını güçleştirir, doğal yargıç ilkesi yerine yasal yargıç ilkesinin geçmesine, başka bir deyişle kişinin bulunduğu hukuk sistemi içerisinde doğal (olağan ) yargıcından başka bir yargı organı karşısına çıkmasına neden olabilir. Bir ülkede bir hukuk düzeni içerisinde birden çok yetkili yargı alanının bulunması bunlar arasında görev ve hüküm uyumsuzlukları çıkmasına ve bu uyumsuzlukların giderilmesi için, uyumsuzluk mahkemeleri gibi, ayrı yargı yerlerinin kurulmasına neden olur.

Türkiye’de konuya idari yargı alanında çalışan mahkemeler açısından bakıldığında, Danıştay ve ona bağlı sistem, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, hatta mali sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlaması yönünden Sayıştay’ı görmekteyiz. Ayrıca, Anayasada, son yapılan değişikliklerle, kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyumsuzlukların, idari yargı yerine, ulusal ya da uluslararası tahkimle çözümlenmesi yolu açılmıştır (17). Bu sayıya yargıç ve savcılarla ilgili konularda kesin nitelikli yönetsel kararlar veren Hâkimler ve Savcılar Kurulu’nu, seçim işleriyle ilgili konularda Yüksek Seçim Kurulu’nu dahil edebiliriz.

İş hukuku alanında Yargıtay ve Yüksek hakem kurulunu; Ceza hukuku alanında Yargıtay ve Askeri Yargıtayı görmekteyiz.

Sorunun çözümü, kanımca, önce yüksek mahkemelerin sayısının azaltılmasına bağlıdır. Türk hukuk sisteminin temeli adli idari yargı ayırımına dayandığına göre sadece iki, yüksek mahkeme “Yargıtay ve Danıştay” kalmalı öteki yargı yerleri bu iki sistem içinde yerlerini almalı ya da tamamen özel görevli mahkeme kapsamı içerisinde kalmalıdır.

(16) Bkz. Gözübüyük Şeref, Yönetsel Yargı, 12. bası, Turhan kitapevi,1998, S. 74-76

(17) Kamu Hizmetleriyle ilgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden doğan Uyumsuzluklarda Tahkim yoluna Başvurulması Halinde Uyulması gereken İlkelerle ilişkin 21.1.2000 günlü, 4501 sayılı Yasa, RG 22.1.2000/ 23941: Fazla bilgi için Bkz. Polatkan Vahit, a.g.e.

Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesi, yüksek yargı yerleri arasından çıkarılmalı, ayrı bir bölümde düzenlenmelidir.

Yargıtay ve Danıştay, yüksek mahkemeler olarak kalmalı, ancak temyiz mahkemesi olma niteliklerinden çok, uygulamada birliği ve içtihat yaratmayı amaçlayan bir yüksek mahkeme yapılanması içine girmelidirler.

Askeri Yargıtay, asker kişilerin sırf disiplin ve askerî nitelikli suçları konusunda yetkili ve özel görevli bir yargı yerine dönüştürülmelidir (18).

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kanımca, kaldırılmalıdır. Bu görev, 1961 Anayasasının ilk şeklinde olduğu gibi Danıştaya verilmelidir. Bu durum, idarî yargıda birliğe gitme gereksinmesinin yanında, ayrıca Anayasanın öngördüğü "idarenin bütünlüğü" ilkesinin de gereğidir. İdarenin bütünlüğü ilkesi, idari yargıda da birliği gerektirir.

Uyuşmazlık Mahkemesi, yüksek mahkeme niteliğinden çok, mahkemeler arasında farklı yargı alanlarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları kesin

- (18) Askeri yargı, tüm hukuk sistemlerinde kabul edilmiş değildir. Alman ceza yargılaması sisteminde, disiplin mahkemeleri dışında, askeri yargının yeri bulunmamaktadır. Disiplin mahkemelerinin kararlarına karşı, Federel idare mahkemesinin bir dairesine başvurulabilmektedir.

Fransa'da, 1962 de Cezair sırasında askeri yargı alanında görev yapan üst mahkeme (Haut Tribunal Militaire) kaldırılmış ve yerine askeri adalet Mahkemesi ( Cour Militaire de Justice) kurulmuştur. Bu Mahkeme görevini 1963 yılında Devlet Güvenlik Mahkemelerine (Cour de Sûreté de l'\_tat) bırakmıştır. Güvenlik mahkemeleri de 1981 yılında kaldırılmıştır.

ABD'lerinde Ordu'yla ilgili işlere bakan askeri mahkemeler ve temyiz mercii olarak Askeri temyiz mahkemesi ( Cour of Military Appeals) vardır. Ancak, temyiz Mahkemesi, Devlet başkanı tarafından atanan ve Senato'ca onaylanan beş sivil yargıçtan oluşmaktadır. Temyiz Mahkemesinin kararlarına karşı ABD Yüksek Mahkemesine başvurulabilmektedir. ABD Yüksek Mahkemesi, savaş zamanı dışında federal hükümetin sivilleri yargılamak üzere askeri mahkeme kuramayacağı yönünde karar vermiştir ( 1866, Miligan davası). Bkz. AnaBritannica, Hürriyet dağıtım, C.3, S.161, Ayrıca Bkz. Egeland M.Amerikan Askeri Yargı Sistemi, Askeri Yargıtay'ın 85. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu (6-7.4.1999),Genelkurmay yayını,S.90.

İngiltere'de "askeri mahkemeler sırf askeri suçları içeren davalara bakarlar". Mahkeme, davanın önemine göre, üç ya da beş subay ve bir bağımsız sivil yargıçtan oluşur. Bu mahkeme kararlarına karşı yetkili sivil temyiz mahkemesine kimi usullere bağlı olarak başvurulabilir. Bkz.W.Rant, James. , İngiltere'de Askeri Yargı Sistemi, ibid, S. 106 - 115

olarak karara bağlamaya yetkili özel görevli bir mahkeme niteliğiyle Anayasada yer almalı, yüksek mahkemeler arasından çıkarılmalıdır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Kararları, Danıştay'ın yargı denetimine bağlı olmalı böylece sistem içinde yerini almalıdır.

Sayıştay'ın "sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme" bağliyan kararları idari yargı bütünlüğü içine dahil edilmelidir.

Yüksek Hakem Kurulu kararları, yargı denetimine bağlı kılınmalı, adli yargı bütünlüğü içinde yargı sistemine dahil edilmelidir.

Yüksek Seçim Kurulu, seçimlerin yargı yönetim ve denetimini sağliyan özel görevli bir kurum olarak, halen Anayasada bulunduğu bölümde, varlığını devam ettirmelidir. Yüksek Seçim Kurulu'nun, kararları idari nitelikte olmasına karşın işin pratiği, özel statülü bir yargı yeri olarak kalmasını gerektirmektedir

## **Oturum Başkanı**

---

Değerli meslektaşım Sayın Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'na teşekkür ediyorum.

Tartışma bölümünde Anayasa Mahkememizin Önceki Başkan Vekillerinden Sayın Güven Dinçer konuşacak. Sayın Dinçer'in kısa bir özgeçmişini size sunuyorum. 1957 Ankara Hukuk Fakültesi mezunudur. 1960-1990 tarihleri arasında Danıştayda görevlerde bulunmuş, Danıştay üyeliği yapmıştır. 1990-1999'da Anayasa Mahkemesi Üyeliği, Danıştay Genel Sekreterliği, Uyuşmazlık Mahkemesi Üyeliği, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulu Üyeliği yapmıştır. Danıştayda iken Türkiye'de Orta Doğu İdaresi Enstitüsünü bitirmiş, ayrıca Pakistan Admistrative Staff College'dan mezun olmuştur.

Sayın Güven Dinçer buyurun söz sizin.

## Güven Dinçer

Anayasa Mahkemesi Önceki Başkan Vekili

Değerli meslektaşlarım, hepinizi saygıyla selamlarım.

Bu konu benim için yabancı bir konu değil. Daha önce Birinci Ulusal İdare Hukuk Kongresinde ben “Türkiye için yeni bir yargı modeli” adı altında bu konuyu tartışmıştım. Bu benim düşüncelerim mutlak düşünceler halinde değildi, hele bugün baktığım zaman bunların bir kısmının tartışılabilir olduğu düşüncesindeyim; ancak zaman içinde bunların üzerinde durulabilir diye düşünüyorum. Buna benzer düşünceler arkadaşlarım tarafından, özellikle Sayın Aliefendioğlu tarafından ileri sürüldü. Ben iki konuşmacının da hiç durmadığı bir konu üzerinde durmak istiyorum.

Türkiye’de bugün yargı hizmeti dışarıdan çok eleştiri alıyor; aşırı bir şekilde, hak ettiğinin üzerinde eleştiri alıyor. Bunun nedenleri nelerdir? Bunun üzerinde durmak lazım. Bence yargı organı, kendi iç işleyişinde eleştiri kabul etmiyor, özellikle Türk yargısının vitrini, aynası durumunda olan ve geniş görev sahası olan adli yargı sahasında bu iç eleştirinin işlemediği kanısındayım. Adli yargı kendi sorunları, başında bulunduğu büyük sistemin sorunları hakkında çözümler getirme mecburiyetinde. Bu dışarıdan gelecek çözümlerle yargının işleri halledilemez, çözümlenemez. Bunu, oradaki insanlar kendi içlerinde düşünce geliştirerek çözmek ve Türk toplumunun karşısına açık, net tekliflerle çıkmak mecburiyetindedirler; ama gelin görün ki bir miktar bizim mahkememizde -“bizim” diyoruz Anayasa Mahkemesinde- ve Yargıtayda bu eleştiri düzeni noksan. Şu sebepten noksan: Başkanların konuşmalarını, biz, ancak orada konuşma yaptığı zaman öğreniyoruz. Son zamanlarda, daha önce de yapılıyordu; ama konuşmalar iyi-kötü teknik düzeyde geçtiği için fazlaca rahatsız edici bir tarafı yoktu. Ama son dönemlerde Anayasa Mahkemesi Başkanının ve Yargıtay Başkanının yaptığı konuşmalar bizim cumhuriyet anlayışımıza ve cumhuriyetin getirdiği yekpare vatan, millet fikrini desteleyen ulusallaşma kavramına yeni bir cumhuriyet insanı yetiştirme ve onun etrafında ulusallaşma kavramına aykırı düşüncelerdir. Ben bunlara karşı çıktım; Anayasa Mahkemesi Başkanının düşüncesine de karşı çıktım, Yargı-

tay Başkanının düşüncesine de karşı çıktım. Hatta o yüzden de büyük bir gazetede aleyhime baş makale çıktı; oraya kadar yükselme şerefini buldum "bu mahkemeler eleştiri sahibi olmalıdırlar" diyorum. Biraz sonra ne demek istediğimi daha iyi anlatacağım.

İkinci mesele, Türkiye'de yargıçlık mesleğine giriş hakkında çok radikal tedbirler almak zorundayız. Yargıçlık mesleğine girişte hukuk fakülteleri elden çıkmak üzeredir. Ben de bir özel hukuk fakültesinde Anayasa dersi veriyorum. Yeni bir dünya olduğu için zevkle gittim; fakat ilk başladığım zaman bu tablolardan özel hukuk fakültelerine girişle devlet hukuk fakültelerine giriş arasındaki öğrenci puan farklarını inceledim; büyük farklılıklar var. Ayrıca devletin fakülteleri arasında da büyük farklılıklar var. Operası, tiyatrosu, sosyal hayatı olmayan bir yerde hukuk fakültesi açılmaz. Bunun için Türkiye'de 4-5 yer; Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa, Antalya ve Çukurova dışında ben hukuk fakültesi açılmasına karşıyım. Bunların her biri toparlanmalıdır; çünkü bu herkese her yerde eğitim yapma hakkını verdiğimiz zaman karşı dengeleri kurmamız lazımdır. Ben İstanbul Hukuk Fakültesinde bir konferans verdim, bunun dengelerini kendime göre teklif ettim. Herkes hukuk fakültesi mezunu olsun; ama kanun himayesinde meslekleri icra edebilmek için, yani avukatlık, noterlik ve yargıçlık yapabilmek için ulusal hukukçuluk sınavını koymak zorundayız. Bu şekilde bir standart tespit etmek zorundayız. Yoksa mesleğe girenlerin faturasını 30 sene sonra, önümüze geldiği zaman alıyoruz ve güzelliklerin faturasını da 25-30 sene sonra alıyoruz. Bir misal vereyim -çok alakasız görünür ama- 1940'ların, 45'lerin teknik öğretim konusunda verdiği önemin faturasının; faturasını değil, semeresinin 1950'den sonra gelen Demokrat Parti iktidarı aldı. Çünkü o kadar çok teknik adam yetiştirilmişti ki o zaman onlar kalkınmayla ilgili birtakım teşebbüslere başladıkları zaman çok insana ihtiyaç duyuldu. O kadar oldu ki bunların hepsi iyi iş buldular, o derece ki piyasa sonra orduya uzandı. Ordudaki teknik sınıfları yüksek ücretle çekmek istedi. Biz genç bir üniversite öğrencisi iken hükümet kararname çıkardı. Bu teknik sınıfların istifasının önledi. Demek istediğim, bir güzelliği yaratırsanız bunun meyveleri çok uzun seneler sonra toplanıyor; ama bir yanlışlığı ortaya koyarsanız faturaları çok uzun seneler sonra geliyor. Biz bunun faturalarını ödeyeceğiz. Bunun için dikkatli olmalıyız.

Ayrıca meslek içi yetişme konusunda Türkiye’de yargı organları bana önce çok yetersiz; hem kongreler yönünde, hem de formel yetişme yönünde tedbirler alınmıyor; Danıştayda, Anayasa Mahkemesinde her yıl yapılan geleneksel bir seminer dışında, diğer yargı organlarını bilmiyorum. Yalnız askeri yargıda çok enteresan bir husus var; olağanüstü nispette, mevcut yargıçlara göre, mastır ve doktora sahibi olanlar var. Orada herkesin bir olumlu, müspet seleksiyon mekanizmasını çalışıyor ki herkes bu yola koşuyor. Bunu diğer organlarda da sağlamak zorundayız. Yalnız ben Danıştay Genel Sekreteriyken eğitim konusunda çok acı bir olay yaşadık. Biz, dış ülkelere insan göndermek için Danıştayda devletten 18 tane program aldık. Lisan kurslarına başladık ve lisans iyi olanları Avrupa Enstitüsüne, Siyasal Bilgiler Fakültesine gönderdik ve oradan da bu çocukları Avrupa’ya göndermeye başladık; 3’ünü gönderdik. Biz görevden ayrıldıktan sonra Sırrı İrcal’la yaş haddinden bir tartışma olmuştu biliyorsunuz; süratle ayrıldı. Bizim idaremiz Avrupa’daki öğrencileri çağırırdı; buna hakkı yoktu. Onun yerine ihtiyar üyeleri gönderdi. Onlar 15 günlük tur yaptılar. Yargıtay da aynı şekilde gençler yerine yaşlıları gönderiyor, biz gençleri yetiştireceğiz.

Türkiye Cumhuriyeti Duyunu Umumiye İdaresini erken kaldırdığı zaman, erken ödeme yaptığı zaman Avrupa’daki Duyunu Umumiye komiserinin maaşını ödediği paraya iki öğrenci göndererek doktora yapmıştır, bunlar hep devlet doktorası yapmışlardır ve 1415 sayılı Kanun Türkiye müesseselere, teknik kuruluşlara, KİT’lere adam yetiştirmiştir. Biz aynı yola dönmek zorundayız. Yaşlılara bırakalım, onlar nasıl geldilerse geldi; ama gençleri yetiştirelim.

Bir konu daha var “formel eğitim dışındaki eğitimler” dedim. Tıpta vesaire mesleki kongreler yapılıyor. Amerika’daki gibi puanlama sistemleri falan yok; ama mesela Türkiye’de 4 000-5 000 kadın doğum hekiminin 2 000’i her sene -ben bir yerde davetli olarak geldim- şu salonda toplanıyorlar, her sene 1 hafta yüksek ücret ödeyerek kurs görüyorlar. Bu şekilde Türkiye’nin hekimliğin bütün dallarında insanlar kendilerini üste çıkarmak için uğraşıyorlar. Bizim ne avukatımızda, ne hâkimimizde böyle bir gayret yok, böyle bir yolu kurmamız lazım.



Arkadaşlarımızın açıkladığı düşüncelere gelelim. Ben evde arkadaşları-  
mın hazırladığı metinler üzerinde çalıştığım için, belki sizinle bu konula-  
rı toparlarken şurada söylemediklerine de temas etmek zorunda kalaca-  
ğım. Artık bağışlasınlar. Bu konuda da korsan tebliğ vermek istememe-  
me rağmen ona doğru kayarsam beni bağışlayın.

Sayın Aliefendioğlu'nun düşüncesi benim de düşüncem. Türkiye'de biraz  
fazla yüksek yargı organı var; ama netice itibariyle bu bir anayasal tercih-  
tir. Bu tercihi yaparsak, yapabiliriz; ama yaptıktan sonra da bunun ge-  
reklerine uygun olarak hem bugünkü insanın düşüncesinin vardığı boyut-  
lara, hem de uluslararası kabul görmüş normlara uygun yüksek yargı dü-  
zeni kurmamız gerekir. Ben, bu konuda Anayasa Mahkemesinden başla-  
yarak bazı düşüncelerimi açıklamak isterim; daha doğrusu arkadaşları-  
mın açıkladığı düşüncelere de kendi düşüncelerimi katmak isterim. Geçici  
15. Madde ile çok uğraşılmıştır, söylenmiştir; ama maalesef bizim Ana-  
yasa Mahkemesi, bir kısım arkadaşın -ben de muhalifim- muhalefetine  
rağmen Geçici 15. Maddeyi kaldırma, uygulamama cihetine gitmemiştir.  
Bana göre Anayasa Mahkemesi verdiği birçok kararlarda Anayasanın nor-  
mativ hükümlerine bağlı kalmamıştır; yürütmeyi durdurmada vesaire iyi  
de olmuştur. Burada da onu yapabiliirdi, maalesef yapmamıştır.

Yılmaz beyin metninde göreceksiniz, olağanüstü kararnamelerle ilgili ola-  
rak bazı eleştirileri var. Anayasa Mahkememiz verdiği bir kararla bu ka-  
rarnameleri sınırlandırdı ve hatta Anayasa hocası Cem Eroğlu'nun da bu  
konuda bir yazısı var. Bu, orada da çok olumlu olarak not ediliyor. Ora-  
da biz ne yaptık? Olağanüstü hal kararnameleri, olağanüstü hal konula-  
rında çıkarılabilir; bunu aşırıamazsınız. Diyelim ki imar konusunda bir  
hüküm yazamazsınız; bunu gayet açık olarak belirttik. Zaman bakımın-  
dan sınırladık. Olağanüstü Hal Bölgesinde ve ne kadar süreyle ilan eder-  
riz? O süreden sonra bunlar bir anda kendiliğinden çöküyor; çok entere-  
san bir olay. Bu bakımdan biz bunların mahzurlarını asgariye indirdik ka-  
nısındayım.

Yine Sayın Aliefendioğlu'nun kimi Meclis kararları -ben bunları orada be-  
lirtmediği için bilemiyorum- Anayasa Mahkemesinin denetiminde değıl-  
dir; çünkü Meclis kararlarının normal olarak bizim denetimimizde olma-  
ması lazım. İdari gibi görünenler de dahil bunların hepsi siyasi organın

kararlardır. Bizim Anayasa Mahkemesinin bir kararı var; şu konuyu çözümlenmiştir: Yasama sahasına ait olan bir konu Meclis kararıyla düzenleniyorsa biz onu iptal yetkimizin sınırı içinde görüyoruz, inceliyoruz ve iptal kararlarımız da var. Bana göre de onlar iyi kararlardır.

Yürütmeyi durdurmada Sayın Önder Paşamın bir ufak eleştirisi var; galiba hafif yönde eleştiriyor. Anayasa Mahkemesinde kimse çok hevesli istemedi. İlk zamanlar çok büyük mukavemet vardı; ama kararlara karşı direnme ve sonunda hukuki açmazlar meydana geliyor. Çünkü bizim kararımızın yürürlüğe girmesine kadar özel hukuktaki hak doğurucu kararlar çıkıyor. O zaman iş çözümsüzlüğe varıyor. O bakımdan biz yürütmeyi durdurmayı kendi gücümüzü artırmak değil de, bu sorunların çözümsüzlüğünü önlemek için, Sayın Mustafa Bumin de galiba ilk anda muhalifti; ama sonra katıldı. Neyse, o tabii Danıştaydan ayrı olalım merakı yüzünden öyle söylendi “yürürlüğü durdurma” diyelim.

## **Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu**

**Cankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi**

Bu teknik olarak da yürürlüğü durdurma daha uygun.

## **Güven Dinçer**

**Anayasa Mahkemesi Önceki Başkan Vekili**

Olabilir.

Anayasa Mahkemesinin üye seçimiyle ilgili eleştiriler haklıdır. Üyelik süreci söylenmedi; hence ebedi üyelik yok, insanlar kireçleniyor. Dünyayı, genç yaşta oraya seçilip de daha sonra 15-20 sene hizmet edecek insanın düşünce hapsedmemek lazım. Belli süre olmalı; belli süre olduğu için de diyelim 9 sene -benim bildiğime göre en yüksek süre İtalya’da- olursa za-

ten yüksek mahkemelerimiz de aşağı-yukarı kendilerini ayarlarlar, kendi tecrübeli arkadaşlarını seçerler. Bakın, Yüksek Hâkimler Kuruluna, Anayasaya seçişte süre yok; süre de koymak lazım. Çünkü bir kanadı temsil eden insan orada hâkim olarak, belli süre hâkimliğin ıstırabını tatmalı. Çünkü biz de kanun sözcüsüyken üye olduk; ama bir anda önümüze karar geldiği zaman insan bocalıyor. Şu anlamda bocalıyor: Ağzından bir laf çıkıyor "Türk Milletinin adına" diyorlar; yani karar vermek zor bir şey. Onun için insanların bu işte bir süre pişmiş olması lazım, ona destek vermek lazım.

Askeri mahkemelerle ilgili olarak bir eleştiri var. Ben, tabii bunun teknik detayını bilmiyorum. Askeri mahkemelerin sivil kişileri yargılama konusunda geniş yetkisi olmamalı; ama suçta beraberlik olduğu zaman bunu nasıl ayıracaksınız? İster istemez bunu düşünmek zorundayız. Bir de Türkiye'de askeri mahkemelerin gücü nereden geldi? Sivil yargının toplum olayları karşısında devlete karşı, devlete karşı olan tertipler karşısındaki bence etkin olmayan kararları, önce devlet güvenlik mahkemelerini kurdurdu vesaire; bu gerçekleri bilelim. Biz bu ülkede yaşıyorsak bu ülkenin şartlarına göre konuşacağız. Tabii dışarıya göre, dışarının üstün, benimsediğimiz normları da takip edeceğiz, onlara ulaşmaya çalışacağız; ama ittihatçılar gibi böyle fazla heyecanla her şeyi bir anda dağılmaya götüremeyiz. Her toplumun kaldırabileceği kadar yenilik vardır ve bunun bir zaman içine yayılması, sindirilmesi lazım. Eğer biz bunu yapamazsak mevcudu da kaybederiz. O bakımdan bunların zaman içinde sükûnetle halletmemiz gerekir.

1961'de yüksek idare mahkemesi; ben de tenkit ediyorum. Yüksek idare mahkemesindeki meslekten olmayan, yargıç olmayan asker üyelerin durumu; bunlar olmayabilir. Zaten generallikle ilgili sorunlar yüksek idare mahkemesine gelmiyor, diğer bazı sorunlar da gelemiyor. O zaman ne gerek var? Yüksek idare mahkemesi tek dereceli. Tek derece yargı artık Türkiye'de kalmadı. En azından bunu da düzeltebiliriz diye düşünüyorum.

1961 Anayasasına göre, 71'e kadar Türkiye'de generallik davaları dahil askeriyenin bütün davaları Danıştaya geldi. Bence biz hata yaptık. Generallik gibi son derece hassas bir konuyu ve son derece askerlik özelliğini içeren bir konuyu biz tartışmamalıydık. Nitekim bazı konularda biz bu

kararları verdik. Cumhurbaşkanını senatör seçiminde verdiği tercihi dava konusu kabul etmedik “biçimsel olarak idaridir; ama öz olarak siyasi- dir” dedik, kabul etmedik. Ona rağmen maalesef Anayasaya bun engel olarak koydular; hiç lüzum yoktu, biz onu zaten kararlarımızla söylüyordur. Ama biz keşke kararlarımızla ordunun çok özel sahasına girmemeyi deneyebilseydik. Biraz sonra onu, Danıştay konusunda bazı konulara getireceğim.

Ben 10-12 sene evvel “Askeri yargıç istinaf olmalı” demiştim; yani olay tartışması; askeriye'nin gerekleri orada bitmeli, Askeri Yargıtay ve Danıştay olmalı. Bir şartla; oradaki meslektaşlarımızın aynı Anayasaya gelebilmeleri gibi, belli kontenjan içinde Danıştaya ve Yargıtaya üye olmaları da sağlanmalıdır. Çünkü Türkiye’de ordu büyük bir gerçektir. Şu anlamda gerçektir: Türkiye korunacak hudutları ve korunacak menfaatleri ve tarihle hesaplaşması olan bir memlekettir. Öyleyse ordu daima büyük kadro içinde olacaktır ve yargı işleri olacaktır; gerçekçi olmamız lazım.

Genel yargıya, Yargıtaya gelince Yargıtayın -arkadaşlarımız söyledi- 250 civarında üyesi var; böyle yüksek mahkeme olmaz. Üçlü yargıyı, istinafi kurarak bunu çözmemiz lazım. Ben oradaki arkadaşlarıma bir anlamda acıyorum. Şöyle: Sınıf arkadaşlarımdan başkan olanlar oldu, genç dostlarımdan üye olanlar oldu. Ziyarete gittiğim zamanla ertesi gün heyetle... Ziyaret edemedim, görevimi yapamadım, vazgeçtim. Sabahdan akşama kadar çalışıyorlar, en çok da tenkit ediliyorlar. O zaman, başta başkanları olmak üzere siyaseti bıraksınlar, kendi işleri için çözüm üretsinler.

Başsavcılık konusuna gelelim; Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı diye bir müessese yok, Yargıtay Başsavcılığı diye var. Ben cezacı olmama rağmen bu konu üzerinde bir yazı yazmıştım. Başsavcı Haluk bey de onu çok beğenmiş, kendi bir metnine, yazısına esas olarak, beni de kutladı falan. Türkiye Cumhuriyeti Başsavcılığı olmayınca ne oluyor biliyor musunuz? Suç organize, suç elektronik, suç teknik Türkiye’de. Bugün Rize’de suç işleyen biri, özel uçak tutarak 1-2 saat sonra Türkiye’de deniz kıyısına inebilir ve suçlar aynı anda birbiriyle birleşebilir. O zaman Türkiye’de savcılık birbirinden kopuktur. Başsavcının savcılar üzerinde yetkisi yoktur. Türkiye’de başsavcılık yeniden kurulmalıdır. Bir tek konuda başsavcılık var; siyasi partilerin kapatılmasında. O da Türkiye Cumhuriyeti Başsav-

cısıdır. Onun dışında bu makam, Yargıtayda tebliğname -yanlış mı söyledim bilemiyorum- savcılık makamının görüşlerini hazırlayan metinleri düzenliyor, onun dışında bir şey yok; bunun kurmamız lazım.

Bir de Türkiye Cumhuriyeti savcıyla hâkimin ayrı insanlar olduğunu bilmelidir. Savcı bir taraftadır, avukat bir taraftadır. Cezada bağımsızlığı korunacak insan hâkimdir. Yoksa görevi sebebiyle meslek teminatı vardır, yargıç sınıfından bir insan; ama görev konusunda hâkim kadar aşırı teminata sahip olmamalıdır. Hele hele İstanbul savcımızı televizyonda izlediğimiz zaman hayret ediyorum. Sanki ben yapacaktım; Adalet Bakanı da söylüyor “daha iyisini yapan buyursun” diyor. 11 senede hapishanelerin mimarisi değişmiş; bizim hazretlerin haberi yok. Değiştirilmeli; yani bunu İstanbul’daki, Ankara’daki Akbank müdürü, İş Bankası müdürü 4 senede bir değişiyor da bizim yargıcımız Ankara, İstanbul, İzmir, Bursa niçin değişmiyor? Çare yok; çünkü bugünkü toplum insanları görev yerinde aşındırıyor. Hele İstanbul için benim korkum çok daha büyük.

Uyuşmazlık mahkemesi için Sayın Yılmaz Aliefendioğlu hiçbir tenkit ileri sürmedi “bir aşiretten devlet çıkardık” diyor da 6 kişilik bir karar istasyonundan biz de yüksek mahkeme çıkarttık. Bir de Türkiye’de uyuşmazlık mahkemesini büyük kötülüğü var. Danıştay da Anayasa Mahkemesi içindeki seçimlerde pazarlık konusu oluyor. 8 sene karar yazmayan arkadaşımız, bizim arkadaşlarımız tarafından uyuşmazlık mahkemesine seçildi. Mustafa Bumin söylesin; acaba hâlâ yazıldı mı o kararlar? Bu arkadaş hangi özelliği sebebiyle seçildi bilmiyorum; ama oyu sebebiyle seçildi. Anayasa Mahkemesini uyuşmazlık mahkemesinden kurtarın, gerisi zaten önemli değil.

Danıştay “idari yargı ve vergi yargısı” diyor; ben böyle şey ilk defa duyuyorum. Vergi yargısı diye bir şey yok. Sayın Aliefendioğlu vergi yargısı diye bir şeyi tanımlıyorum; idari yargı bir tektir. Sayın dostum askeri idare yargısı bölündü diye şikâyet ederken -ben kendisine hayranımdır, imrendiğim bir insandır, olağanüstü çalışkandır, üreticidir ve müsamahalıdır. Öyle kızdığımız zaman da bize hiç kızmaz- vergi yargısı nereden çıkıyor? Vergi yargısı diye bir şey yoktur. Düzenlenmiş bir hukuktur ve düzenlemelerde özelliği vardır. Trafik ceza hukuku yok; özel bir mahkeme. Çocuk mahkemesi gibi, sulh mahkemesi gibi yahut sulh mahkemeleri içinde

boşanmaya, kira işlerine bakan gibi özelliği olan bir mahkeme, bir görev tevziidir. Yoksa başka türlü düşünmeye imkân yoktur. Vergi de bir hukuk düşüncesine bağlı kalır.

Danıştayda 1964 yılında büyük bir hata yapılmıştır. Ekonomi tahsil edilen bazı kimseler yüksek yargıçlığa, dışarıda genel müdürlükten gelene falan bir şey demiyorum; ama mesleğe kabul edilmişlerdir. Hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi, kamu hukuku okumayan ve hukuk fakültesi öğrencisi gibi ceza, medeni hukuk vesaire okumayan bir kimse. Tapu kadastro da da bilgi mahiyetinde hukuk destleri okutulur. Muhasebeci ve ekonomik yetiştiren okulları Danıştaya açmışlardır; bunun da ilerdeki faturalarını göreceğiz.

Sayıştayla ilgili bir konuyu söyleyeceğim. Bunu ne zaman söylesek Fenerbahçelilik ruhuyla karşı karşıya geliyoruz. Sayıştay yüce bir Anayasa organıdır; fakat Sayıştayın kişisel sorumluluğa karar verme hakkı yok. Kişisel sorumluluk medeni hukuktaki çok ince ve büyük bir konu. Objektif sorumluluğa karar veriyor. Objektif sorumluluk kararı otomatik olarak kişisel sorumluluğa düşüyor, icra ve iflas kabiliyeti kazanıyor; bizim eleştirimiz bu. Sayıştayın o kararları yüksek yargı kararı gibi olsun; ama yargı kararı gibi olsun. Sorumluluğun teşekkülü, ortak sorumluluk, sorumluluktaki nispetlerin tespiti, sorumluluğun tespiti; bunların hepsi ince hukuk konularıdır. Ben, onlarlar ilgili Yargıtay kararlarını gördüğüm zaman, bir öğrenci gibi okursam ancak anlayabiliyorum; çünkü benim sahamın dışında konular. O bakımdan Sayıştayımızın kendisi eğer bu konuda ısrarlı ise -iradi yargı mensubu olarak, orada hayatı geçmiş bir insan olarak ben de ısrarlı değilim- Sayıştayımız bunu yargısal usullerle çözmelidir. Yoksa tashihi karar, iadeyi muhakeme gibi yargıya has kelimeleri kullanarak yargı olunmaz. Yargısal ölçülerle; yani taraf teşekkül ettirerek ve yargısal usullerle karar vererek; bunu arz etmek istiyordum.

Seçim Kuruluna gelelim. Bakın, Türkiye’de Seçim Kurulu, Türkiye’de bilgisayarın veri ortamını kuramamış bir kurum. Hâkimler kötü yönetici; herhalde iyi hâkimdirler, ama kötü yöneticilerdir ve Türkiye’de seçmen veri tabanı oluşmamıştır. Bazı seçimlerde İstanbul’da seçmen düşmüştür; olacak şey mi bu? Niye? Oradaki kötü yönetim yüzünden ve maalesef arkadaşlarımız da görev yerlerini tam hakkıyla yapamamışlardır. 1981 yı-

ında askeri müdahale olduğu zaman oradaki arkadaşlarımız her gün toplanıyorlardı “ne yapıyorsunuz?” dedim “muhtarların seçim hesaplarını inceliyoruz” “Sayıştay var, size ne?” dedim “yok, biz inceleriz” dediler ve onlar orada çalıştılar. Boyuna aldıkları bilgisayarları da büyük paralarla hepsini daktilo olarak kullandılar ve hâlâ daha sağlam bir veri tabanına seçmen yazımı konusunda sahip olamadık. Seçimde itiraz sistemleri de belirli değil. Hangisi il seçim kurulunun, ona nasıl yukarı gelinir falan bunlar belli değil. Ankara’da seçimlerde çöplükte belediye başkanı oyları çıktı. Bizimkiler “seçimi pek etkilemez” dediler. Etkiler mi, etkilemez mi?

Adalet Partisinin hızlı olduğu zamanlarda İstanbul Belediye Başkanı bir vatandaş seçildi. Belediye Başkanlığına çok büyük bir üstat, eski bir idareci olmasına rağmen CHP’li bir insan geldi. Seçimi iptal edebilirsiniz; ama başkasını getiremezsiniz. Bunları hep seçim kurulu yaptı, burada hep büyük hatalar yapıldı. Bir de Yüksek Hakem Kurulu meselesinde bir hususu söyleyeceğim: Yüksek Hakem Kurulunun kararı tabii gelmelidir; ama Yüksek Hakem Kurulu gibi enteresan kuruluşları -Türkiye’de 8-10 tane oldu- Enerji Kurulu, Rekabet Kurulu, Telekomünikasyon Kurulu, Sermaye, Bankalar Kurulu falan. Bunların verdiği kararlar Danıştayın klasik muhtar kararını denetlemesi gibi denetlenemez. Bana göre -spor olsun diye düşüncemi açıklıyorum- bunlar konu, yetki ve şekil bakımından denetlenmelidir; ama amaç yönünden denetlenmemelidir; çünkü “inside fraiding” diyor. Okuduk; manası neymiş? İçeriden bilgi edinip de ona göre sermaye piyasasında oynamakmış. Bunu ancak oradaki insanlar hissedebilir, görebilir. Bunları amaç yönünden maksat denetimine, hatta sebep denetimine tabi tutmamak lazım. Danıştay, burada kendini kararlarıyla sınırlamalıdır. Dışarıdan sınırlama idari yargıda şık olmuyor, Anayasa yargısında da şık olmuyor; ama kendi kararıyla kendini sınırlarsa, zaman zaman da bir açılım gösterirse herkes ona büyük saygı duyuyor. Bu bakımdan benim düşüncem, bu tarz enteresan kurullar ve Yüksek Hakem Kurulu hakkında idari yargı yolu açılsın. Bu İtalya’da var, Danıştaya kadar geliyor; çok enteresan ve sendikalar da dahil herkes çok memnun. Bu yolu açmalıyız; ama yine yargı organımızın kendi kendini sınırlayan bakış açılarıyla.

Önce sizden özür dilerim; hakkımızı biraz fazla aştık. Teşekkür ederim.  
(Alkışlar)

### **Oturum Başkanı**

---

Değerli konuklar “Anayasa ve Yüksek Mahkemeler” başlıklı oturum burada sona ermiştir. Sorularınızı diğer iki konuşmacı; yani bir konuşmacı ve tartışmacının konuşmalarını yaptıktan sonra alacağım.

“Anayasa Yargısı” başlıklı oturumu açmak istiyorum.



## BİLDİRİ IV

### "ANAYASA YARGISI"



#### Oturum Başkanı

**Prof. Dr. Zafer Gören** (Yüksek Öğretim Deneteme Kurulu Üyesi)

#### Sunuş

**Prof. Dr. Henry Roussillon** (Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dekani - Fransa)

#### Tartışmacı

**Prof. Dr. Mustafa Erdoğan** (Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi)

## Prof. Dr. Zafer Gören

Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi

Sayın konuklar “Anayasa Yargısı” başlıklı oturumun konuşmacısı Sayın Prof. Dr. Henry Roussillon’u ve sunacı bildirinin tartışmasını yapmak üzere Sayın Prof. Dr. Mustafa Erdoğan’ı davet ediyorum.

Sayın konuklar, değerli meslektaşlarım; Anayasa yargısı kurumu, Anayasamızın içerdiği özgürlükçü demokrasi ve hukuk devleti ilkelerinin en belirgin anlatımıdır. Anayasa mahkemeleri, devlet egemenliğinin taşıyıcıları karşısında Anayasanın mutlaklığını korurlar. Anayasa koyucu, bilinçli olarak devlet düzenin geçerliği için önem taşıyan bu görevi devlet başkına ya da Parlamentonun kendisine değil, özel bir mahkeme biçiminde kurulmuş olan bir Anayasa organına vermiştir. Anayasa Mahkemesine verilen bu fonksiyon, hukuksal niteliği bakımından diğer yargı işlemlerinden farklı değil; ancak hukuksal ve eylemsel sonuçları bakımından önemli bir fark mevcuttur. Çünkü bu fonksiyon, geri kalan tüm hukuka üstünlük taşıyan Anayasaya; yani devlet yaşamının temel düzenine ilişkindir. Anayasa koyucu, var olan değer düzenine devlet yaşamında aktif olarak gerçekleştirmek istediği için Anayasa Mahkemesi, sadece üçüncü gücün doruğunda bulunmakla kalmamakta, devlet istencini yasalar ve yürütme işlemleri olarak ortaya koyan ve uygulayan Anayasa organlarıyla aynı düzeyde yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kurumsallaştırılması, daha ziyade hukuk devleti idealinden ve erkler ayrılığıyla dengelenmesinden kaynaklanmaktadır. Devlet iradesinin oluşumuna kendisi katılmayan bu kurul, bu görevle görevlendirilmiş organlar karşısında yer almakta ve gerektiğinde onları sınırlamaktadır; ancak Anayasa Mahkemesi kararları ilgililer için halihazırda yaratacakları avantaj ve dezavantajlar anlamında değil, Anayasa Mahkemesi ve diğer Anayasa organlarının korumakla yükümlü olduğu anayasal düzenin varlığını sürdürmesi ve Anayasanın teşkilatlandığı devletin varlığını sürdürmesi üzerindeki etkileri anlamında değerlendirilmelidir. Genel bir değerlendirme sonucu denilebilir ki “Anayasa Mahkemesi norm denetimi yoluyla yasa koyucunun Anayasa ve öncelikle temel hakla-

ra saygı göstermesi güvence altına alınmış ve yasama sürecinde Anayasanın gerçekleşmesine katkıda bulunulmuştur” bununla birlikte bir devlette toplumun siyasal birikimlerinin ve kültürünün önemi de gözden uzak tutulmamalıdır. Örneğin, İngiltere’de bu birikimlere dayanarak yazılı Anayasası ve Anayasa yargısı olmaksızın birey hakları ve Anayasanın kendisi yazılı, salt Anayasası ve bu Anayasayı korumak için kurulmuş mahkemeleri olan birçok devletten daha iyi güvence altına alınmıştır. Anayasa mahkemelerinin yasama organı üzerindeki en güçlü etkileri, norm denetiminde kendisini göstermektedir. Norm denetimi yoluyla Anayasa mahkemeleri, yasama organının yetkilerinin sınırlarını belirgin kılar ve yasama organının siyasal iradesine içeriksel sınırlar çizerler. Norm denetiminde yasama organı tarafından oylanarak kabul edilmiş ve devlet başkanı tarafından onaylanarak yayınlanmış bir yasanın tümünün ya da münferit kurallarının Anayasa uygunluğunun denetimi söz konusudur. Bir yasanın kabulü sırasında ortaya çıkan Anayasaya hukuksal açıdan duraksamalı sorunların açıklığa kavuşturulması için başvuru olan önleyici denetim, Türk Anayasa hukukuna yabancıdır. Anayasamız, Anayasa Mahkemesine önceden denetim yetkisini vermemektedir. Norm denetimi, yürürlüğe girmiş bir yasa üzerinde yapılıyorsa böylece yasa koymak prosedürünün bir bölümünü değil, yasanın uygulanması problemini bir bölümünü oluşturuyorsa giderici, bastırıcı denetim söz konusudur. Buna karşılık, bir normun Anayasaya uygunluğu sorunu yürürlüğe girmesinden ve yayınlanmasından önce inceleniyor ve kararlaştırılıyorsa önleyici denetim söz konusudur.

Önleyici denetimin klasik örneğini, Fransa’da 1958 Anayasasıyla kurulmuş olan Anayasa Konseyinin yaptığı deneyim oluşturur. Norm denetimi yapmaya yetkili bir makam olarak bu kurul, yasama sürecinin çeşitli aşamalarında harekete geçebilir.

Şimdiki konuşmacımızın bildirisine bir nevi giriş oluşturabileceğine inandığım için bu kısa açıklamayı yaptım. Şimdi Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Henry Roussillon “Anayasa Konseyi ve Ona Yönelik Tehditler” başlığını taşıyan bildirisini sunacak; ancak bundan önce Sayın Prof. Dr. Roussillon’un kısa bir özgeçmişini sunuyorum. Toulouse Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı ve

Uluslararası Anayasa Akademisi Başkan Vekilidir. Anayasa Hukuku Uzmanı olan Prof. Dr. Henry Roussillon "Anayasa Konseyi" kitabının yazarıdır. Bu kitabın 2001 yılında dördüncü baskısı yapılmıştır.

Buyurunuz Sayın Dekan.

## Prof. Dr. Henry Roussillon

Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

### Fransız Anayasa Konseyi: Tehlikeler Dönemi.

Bu makalenin başlığından anlaşılana aksine, Fransız Anayasa Konseyi gücünden hiçbir şey kaybetmemiştir. Daha önce yazdığım gibi, "tesadüfün ve gerekliliğin" (1) meyvesi, kendi büyük adamlarımıza karşı sadakati zayıf, ama Almanlardan gelen her şeye açık biz Fransızlar için, Hans KELSEN'in olduğu kadar, devrimin önemli hukukçusu Abbé SIEYES'in de zafiri olan bu kurum, yani Montpensier Sokağı'na yerleşmiş olan Konsey, umut verici bir olgunluk çağına ulaşmış ve yeni binyıla başarımın verdiği dinginlik içinde başlamak niyetinde görünüyor (2).

Konsey iyi gidiyor!

İyi gidiyor, çünkü bir çerçeveden çok siyasetin ikamesi haline gelen ünlü "hukuk devleti"nin kazanç hanesine yazılacak gibi görülen, siyasal çehremize devamlı bir biçimde yerleşen koalisyonlardan, cumhurbaşkanı ve hükümetin ayrı partilerden gelmesinden (*cohabitation*) doğan altüst oluşları atlattı, hatta "DUMAS olayı" olarak adlandırılan olayı bile atlattı.

(1) «Avenir du Conseil Constitutionnel : la banalisation », *Administration* içinde, Ekim-Aralık 1997, s. 41.

(2) Bu konuda eserimize bakabilirsiniz : *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 2000, 4. bas.

Konsey iyi çünkü, bütün bir yıl boyunca, konunun büyük ustalarıyla medyanın şaşırtıcı olmadığı gibi, çoğunlukla birbirinden farkı da kalmayan yorumlarına meydan veren çok önemli konularda çok sayıda karar aldı. Konsey'in PACS'a (\*), devlet başkanının cezai sorumluluğuna, çalışma süresinin otuz beş saate indirilmesine, kadın-erkek eşitliğine, senatörlerin seçim usullerine yönelik yorumları en güncel olanlarından örnek olarak verilebilecek birkaç tanesini oluşturmaktadır. Bu örnekler, "yorum çekince-leri"nin kaygı verici artışlarının yanı sıra, her zaman yeterince açık olmayan yeni "anayasal değer taşıyan hedefler"in keşfini –örneğin hukukumuzun yasa yoluyla değil de, kanun hükmünde kararnameler yoluyla düzenlenmesine yönelik 16 Aralık 1999 tarihli "yasanın ulaşılabilirliği ve anlaşılabilirliği"ne dair karar- ve her zaman tartışma götürmez bir gerekçelendirme bulunmaksızın, başlangıçtaki kararların özsözlülüğünden açıkça ayrılan kararların uzunluğundaki artışı -"PACS" (3) kararı bunu gözler önüne sermiştir- kanıtlamak için gösterilebilir.

Konsey iyi çünkü; kaçınılmaz bir uyarılama özgürlüğü ile, Sovyetler bloğu ve onun Üçüncü Dünya'daki uydularının çökmesinden doğan genç demokrasilere model oldu, olmaya devam ediyor ve olacak. Bu ülkeler, çok sayıda ve oldukça gelişmiş mahkemeler ve yargıçlardan oluşan ve kurulması uzun zaman isteyen bir sistemin uygulamaya geçirilmesini gerektiren Amerikan modelinden ve ayrıca, yargılaması oldukça karmaşık ve Alman halkının tarihinde çok belirgin bir yeri olan Alman modelinden sakınmak konusunda çok dikkatli davranmaktadırlar. Şimdi senatör (4) olan, başkan R. BADINTER (1986-95), bu uluslararası etki ortaya çıksın ve gelişsin diye çok uğraştı. Gabon'da Ekim 2000 tarihinde son toplantısı gerçekleşen, Fransızca konuşulan ülkelerin Anayasa Konseylerini ve Anayasa Mahkemelerini bir araya getiren bir derneğin kurulması bu girişimin son meyvesi oldu.

(\*) PACS: *Pacte civil de Solidarité*, Medeni Dayanışma Sözleşmesi (Ç.N)

(3) Th. Revet, *RTDC*, 2000, no: 1.

(4) Şüphesiz, VIII. yıl (Fransız Devrimi'nin sekizinci yılı Ç.N.) Anayasası'nın "anayasanın koruyucu Senatosu" olan, Abbé Siéyès'in değer verdiği ve bugünkü Senato'nun atası niteliğindeki bu kuruma şükretmenin bir biçimi!

Uzun sözün kısası, Konsey iyi; çünkü uzun yıllar boyunca, başarılı başkanlarının bilinçlilik ve sabırları sayesinde -ki bu noktada D. MAYER'i ve tabii ki, özellikle R. BADINTER'i düşünebiliriz- çalışma usulünü, yani geniş anlamda kendi işleyiş biçimini düzenleyen kararlı reformları sessiz bir biçimde gerçekleştirmeyi başarmıştır. Konsey'e başvuru koşullarının açıklığı ve özellikle de, büyük ölçüde Profesör J. GICQUEL'e borçlu olduğumuz başvuru mektuplarının ve onlara eşlik eden gerekçelerin yayınlanması, böylece de tartışmaların giderek hukuksal tabana oturtulması ve bununla birlikte, "dış" müdahalelere açılma (Konsey'e bireysel başvuru mümkün değildir) ile davalarda giderek daha vicahi bir usulün benimsenmesi, yetkin ilerlemelere tanıklık etmekte kalmayıp artık bugün hiçbir ciddi kişinin, Konseyimize "Anayasa Mahkemesi" denilmesini tartışmayı düşünmez oluşunu doğrulamaktadır. Şüphesiz bu ilerlemelere yenileri eklenebilir: avukatların "duruşmaya" müdahalesi ile daha fazla kamusalılık kazanma ya da giderek vicahi bir yapının oluşması; Profesör D. ROUSSEAU (5) tarafından istenen, ama her ikisi de Konsey'in eski üyesi olan usta G. VEDDEL ve başkan F. LUCHAIRE tarafından kurumu "öldürmenin" en iyi aracı olarak kabul edilen, gerektiğinde aykırı düşüncelerin yayınlanması; ayrıca, her ne kadar böyle bir tasarı, ileride göreceğimiz gibi, sözleşmeye uygunluk denetiminin gelişmesiyle aşılmakta gibi görünüyorsa da, itiraz yolu ile anayasaya uygunluk denetiminin şu veya bu biçim altında inşası; Konsey üyelerinin belirlenmesi biçiminin düzenlenmesine gelince, bu konu bir öncelik taşımamaktadır.

Böylesi koşullar altında, Anayasa Konseyi'nin üzerinde "tehlikeler" dolaşıp durduğunu söylemeye hatta sadece ima etmeye nasıl cesaret edilebilir?

Tabii ki, hiç şüphesiz ikona kırıcı (*iconoclaste*) olan ve bizim de içinde yer aldığımız bazı yazarlar, Konsey'in "sıradanlaştırılmasını" (6) (*banalisation*), "by-pass edilmesini" (*contournement*), "önceden belli olan gerilemesini" (7) anlatmaya girişirken, diğerleri, en azından önceden bir "ölüm" olduğunu varsayan ve böylelikle yeni bir "Lazarus"tan söz edilmesine ola-

(5) Bu tartışma için bakınız: *les Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2000, no: 8, s. 80.

(6) *Revue Administration*, op.cit., s. 41.

(7) « Mais qui contrôle la loi française ? Le déclin du Conseil constitutionnel », *Gazette du Palais*, Mart 1999.

nak tanıyan –her ne kadar hukukçular böylesi bir “dini göndermeyi” seviyorlarsa da, bu nitelime oldukça abartılı olmuştur- Konsey’in “yeniden doğuşu”ndan (8) söz ettiler; bundan başka, bu defa bu derece keskin ifadeler kullanmaksızın, Kuruma üye olmaları sebebiyle -daha önce gördüğümüz gibi- onu çok iyi tanıyan ve Konsey’in kararlarını ustalıkla yorumlamaya hiçbir zaman ara vermeyen uzmanlar, bugün başlangıçtaki coşkularını yatıştırmaya ve kendi kendilerine ciddi bir biçimde, bu ünlü “hukuk devleti”nin sadece 1971’den beri egemen olduğundan bahsedilebilir mi diye sormaktan hiç çekinmiyorlar. Bu noktada kendi kendimize, örneğin usta G. VEDEL ve başkan F. LUCHAIRE (9) gibi halihazır “sadık kişilerin” gençlik “sadakat”lerini kaybetmeksizin, biraz şüphe ile sonuçlanan “mevsimlik sadakat gösterenler” haline gelip gelmediklerini sorma noktasına ulaşıyoruz; eğer son kitabı ölçüt olarak alınırsa, Başkan J. ROBERT de söz konusu bu hayal kırıklığından kurtulamamaktadır (*La garde de la République*, Plon, 2000). Bu konuda ikna olmak için usta VEDEL’i okumak yeterlidir: “Fransız hukuku, 1958 Anayasası’ndan önce oldukça sağlıklı bir biçimde doğdu ve varlığını sürdürdü; 1958 Anayasası uzun bir zaman saklı kalan bir kaynağı gün ışığına çıkardı; yani eski sorunlarımızdan bizi kurtarmadı” (10). Bu durum “sofular” sınıflandırmasının ortadan kaybolduğuna işaret etmektedir; “büyük papaz” Louis FAVOREU, yetenekli “papaz adayları” ile kuşatılmış bir biçimde, ileride göreceğimiz gibi, bazı komşu “kiliselerden” beklenmedik ve çelişkili takviyeler alarak, çoğu zaman biraz anlaşılmaz bir dil kullanarak, gerçekçi teorinin ve “bir araya toplanmış” yorumlarının yandaşları ile birlikte hala oradadır. Bütün bunlara, saydıklarımıza, D. CHAGNOLLAUD tarafından 22-23 Haziran 2000 tarihlerinde Paris II

- 
- (8) Guy Carcassonne ; « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision no : 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? » *Cahiers du Conseil constitutionnel* içinde, 1999, no : 7, s. 100.
- (9) 1999 yılında *Revue du Droit Public*’in 5. sayısında çıkan « Deux décisions du Conseil Constitutionnel appelées à faire jurisprudence ? » başlıklı makalesinin oldukça « ihtiyatlı » bir biçimde kaleme alınan sonuç bölümüne bakınız.
- (10) *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, no :1, 1996, s. 57 ya da « Ce n’est pas dans la constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence ; c’est la constitution qui s’enracine dans des notions fondamentales préexistantes », B. Mathieu ve M. Verpeaux (dir.), *La Constitutionnalisation des branches du droit* içinde PUAM, 1998, s. 14.

Üniversitesi'nde düzenlenen kolokyumda D. ROUSSEAU'nun oldukça iyi bir biçimde ifade ettiği, yaygın ama derin "bıkkınlık" (!) duygusunu ekleyebiliriz.

Bu giriş niteliğindeki tespitleri yaptıktan sonra, geriye kaygılarımızı doğrulamak kalıyor. Eğer Anayasa Konseyi tehdit altında ise, ki anlaşıldığı üzere bize göre durum budur, bu durum büyük olayların ortaya çıkmasından ya da düşünülenden çok daha kötü bir biçimde kendilerini göstermelerinden kaynaklanmaktadır. Sayıları çok daha fazla olmakla birlikte, iki tanesini ele alacağız: bir yandan, teorinin bir bölümünde, bütün denetimlerin kaçınılmaz temeli olan anayasa kavramının bizatihi endişe verici gelişimi (I), diğer yandan da, demokratik bir toplumda anayasa yargıcı anlayışını bile etkilemeye kadar varan, siyasal ve hukuki düzen içinde anayasa yargıcının yeri (II).

### I. Anayasa Anlayışının Endişe Verici Gelişimi

Anayasaya uygunluk denetiminin ve dolayısıyla bu denetim işleviyle görevlendirilmiş bir organın, ki bu durumda Anayasa Konseyi'nin, varlığının mantıksal temeli, kuşkusuz, -bu apaçık ortada olan durumdan dolayı bizi bağışlamaz- isteriz- bir anayasanın varlığıdır; bizim siyasi ve hukuki sistemimizde bu durum kaynağını 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi'nin 16. maddesinden almaktadır: "Hakların güvence altına alınmadığı ve kuvvetler ayrılığının olmadığı bir toplumun anayasası da yoktur". Beyannamenin bu maddesi, uzun uzun anlatmamıza gerek bırakmayacak kadar tanınmış bir maddedir; burada, anayasa kavramına ilişkin açıkça ortada olan sonuçlarının altını çizmekle yetineceğiz: Anayasa, Beyannamenin kendisi gibi, bir "metin" biçiminde ortaya çıkmak zorundadır, yani başvurulabilir bir kaynak olabilecek yazılı bir metin biçiminde. Bu, Fransız Devrimi'nin en büyük katkılarından biridir; "sert" bir metin, o halde "yasa" sözcüğünden farklı özel bir terim ("anayasa") neden kullanılmalı? Son olarak, "açık" bir metin, çünkü, "her insan ve yurttaşın" kolayca okuyabilmesi ve anlayabilmesinin gerekli olduğu temel bir sözleşme söz konusudur.

Oysa öyle görünüyor ki, olaylarda olduğu kadar teorinin bir bölümünde de, anayasanın bu üç "temel" özelliği, yani "yazılı, sert, açık" olması, az ya



da çok ciddi biçimde sorgulanmakta, bu da bizim Anayasa Konseyi'ni tehdit eden tehlikeler konusunda endişeye kapılıp derhal tartışmaya başlamamıza zemin hazırlamaktadır, ki bu bildiride bu konu üzerinde durulacaktır:

A. Anayasanın “yapıçözümü”: yazılı olanın sorgulanması

B. Karşı çıkılan ve şiddetlenen anayasal sertlik

C. Gitgide daha az açık bir metin

### A. Anayasanın “Yapıçözümü”: Yazılı Olanın Sorgulanması

Eğer bir başvuru metni, yani anayasa yoksa, anayasaya uygunluk denetimi yerleştirmeye ve dolayısıyla bir Anayasa Konseyi'nin ya da tüm diğer Anayasa Mahkemelerinin varlığını sürdürmeye gerek yoktur. Günümüzde Fransa'da, bazı tereddütlerden sonra “anayasa” terimi, bu terimi bir dönem “anayasallık bloğu” gibi anlamı daha belirsiz ifadelerin lehine kullanım dışı bırakan anayasal uyumsuzluk uzmanlarının kalemle kendini yeniden benimseterek ortaya çıkıyor. “Anayasallık bloğu” ifadesinin “babası sayılan” (11) usta L. FAVOREU'nün, bu kullanımın bugün, “anayasa” terimine geri dönmek için terk edilmesini istemesi, bu duruma kanıt olarak gösteriliyor (12). Fakat bu yine de, belki de yersiz bir biçimde “anayasanın yapıçözümü” adını verdiğimiz ve hukuku yeniden düşünme amacını taşıyan, ama şüphesiz kendi araştırma nesnesini doğrudan sorgulamayı hedeflemeyen bütün bir öğretisel hareketin işaret ettiği bir olgunun ortaya çıkmasına tanıklık etmediğimiz anlamına gelmez. Burada, özünde Anglo-sakson (13) kaynaklı, evrensel ve uluslararası bir olgu söz konusudur; Fransa 'da her zaman iyi “çevirmenlerimiz” oldu ...

Bu anayasanın “yapıçözümü” hareketi böyle bir tebliğde ayrıntılı bir biçimde incelenemeyecektir; bu nedenle konumuz açısından gerekli sonuçla-

---

(11) Claude Emeri, aynı ölçüde fikir babası olduğunu iddia etmektedir. Bu konuda eserimize bakınız : a.g.e.

(12) *Précis de droit constitutionnel*, kolektif, Dalloz, 2000, 3. basım.

(13) Örneğin, Fransız teorisi üzerinde Amerikan yazarı Ronald Dworkin'in etkisi bilinmektedir.

rı oldukça basitleştirilmiş bir tarzda ele alsak da, yine de karikatürleştir-memeyi ve çoğunluk tarafından anlaşılır bir dil içinde kalmayı umuyoruz.

Bilgi kuramı (epistemoloji) ve yorum bilgisi (hermenötik) -özellikle de Alman yorumu (Protestan kutsal kitap okulu)- üzerine kurulmuş olan ve "yorumlama" adı verilen teori, bir bakıma İtalyan "yaşayan hukuk" teori-si ile birleşmektedir ("ölü hukuk" varsayımına karşıt olarak mı?). Söz konu-su teori anayasa metninin kendi kendine nesnel bir anlamı olmadığı düşüncesine ulaşmaktadır; oysa bu saptama, gerçekte hukuksal olsun ya da olmasın bütün metinler, hatta müzik gibi gerçekten bir metin olmayan-lar için bile geçerli değil midir?

Her halükarda, tanınmış uzman ve bir çok çalışmanın yazarı Profesör O. CAYLA'nın yakın dönemde yayınlanmış bir makalesinden bu sonuç çık-maktadır (14): "Eğer H. KELSEN tarafından yapılan tanımdan hareket etmeyi kabul edersek, hukuksal kural, çağdaş dil felsefesinin terminoloji-si içinde 'pragmatik' anlam olarak adlandırılan çok özel bir 'anlam olgusu' türüdür: buyruğun 'gücü' -ya da dil felsefecilerinin dediği gibi, '*illocutoire*'-söz konusudur, ki bundan bir vericiden kaynaklanan 'söz söyleme edi-mi'nin kendisinin bile, muhatap yönünde 'söz' alarak, onu bir mecburiyete boyun eğdirme niyetini ifade ettiği, yani ona zorunlu bir davranış mo-deline uymayı buyurduğu anlaşılmaktadır. Fakat her şeyden önce belirtil-mesi gereken, bu 'buyurucu gücün' ya da söylem eyleminin (Kelsenci bakış açısıyla, söylem ediminin anlam yoluyla açıklanmış "hukuksallık"ına yak-laşır) 'normu', ya da başka bir deyişle 'normatif anlatımı', 'metinsel bir an-latım' değildir: hangi yazılı metin olursa olsun, hiçbir zaman kendisinde normatif anlatım (!) barındırmaz, çünkü ne olursa olsun her yazılı metin 'pragmatik olarak dilsiz'dir..."

Oldukça uzun ve biraz da kapalı bir anlatımı olan bu alıntı için bizi bağış-lamanızı dileriz, ama yazarın düşüncesine ihanet etmemek gerekiyordu. Sözü edilen yazarı, örneğin "BEETHOVEN'ın Dokuzuncu Senfoninin bes-tecisi olmadığı"nı söylemeye iten akıl yürütmesi karşısında gösterdiğimiz ve başkalarının da paylaştığımız bildiğimiz, kimi şüpheleri saklamayacağız;

(14) « La constitution, le traité et la loi : contribution au débat sur la hiérarchie des normes », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, a.g.e., s. 78.

bunu ne için yazmış olabilir ki? Acaba yazdı mı? Eğer bu tür savla iddia edilen yalnızca, her orkestra şefinin ve her orkestranın bir müzik eserini kendi tarzında yorumladığına işaret etmekse, ki bu yargıç için de geçerli olacaktır; burada herkes tarafından benimsenmiş, sıradan bir saptama söz konusudur, öyleyse neden O. CAYLA'nın da dediği gibi, "dobra dobra" konuşmayalım? (15)

Ama bu düşünceleri savunanlar daha da ileriye gidiyor: onlar için, KANT'a borçlu olduğumuz, "Sein" (olmak) ile "Sollen" (olmak zorunluluğu) arasındaki klasik karşıtlık bir anlam taşımamaktadır; uzun sözün kısası, özellikle M. TROPER'e göre, yargıç ona bir anlam atfetmediği sürece anayasa bir anlam taşımamaktadır. Bu iddia, tıpkı 1993'te, temelini "Schen-gen" anlaşmalarından alan ve sığınma hakkı üzerine olan "Pasqua Yasası"na ilişkin 13 Ağustos kararında olduğu gibi, kurucu yapı içerisinde hareket eden siyasal iktidarın sahip olduğu ve uyguladığı "son sözü söyleme hakkına" yeterince önem atfetmemektedir. Verilen örnekte olduğu gibi, kurucu iktidarın müdahalesinin "aktif olarak" olduğu kadar "pasif olarak" da ortaya çıkabileceğini belirtelim. Kurucu iktidar tepki göstermediği sürece, hiç kuşku yok ki Konsey'in kararını onaylamaktadır, ya da en azından bu yönde kuvvetli bir karine vardır.

Paradoksal bir biçimde, bu analizler anayasa yargıcının yanısıra, J. HABERMAS'ın şu cümlesinde görüldüğü gibi, anayasayı uygulamakla görevli siyaset "yorumcuları"nın rolüne aşırı bir önem atfetmeye varmaktadır: "Her anayasa ancak ve ancak hukukun inşasının (!) her aşamasında aralıksız olarak sürdürülen daimi bir yorum aracılığıyla süreklilik elde eden bir projedir (!!)" (16). Fakat böylesi analizler, aynı zamanda, söz konusu bu yargıcın tam bir istikrarsızlığına kadar gidebilir; zira eğer, yargıcın uyulmasını sağlamakla görevli olduğu anayasa yoksa ya da yalnızca kendi özneliği, kendi şişirilmiş ve "a priori" olarak kavranamaz "egosu" içinde var olabiliyorsa, yargıcın meşruluğu neye dayandırılabilir?

Bu analizler yalnızca kendi içinde paradoksal olmakla kalmaz, aynı zamanda, açıkça demokrasi için bir tehlike oluşturmaktadır. Bu tespit ol-

(15) a.g.e., s. 80.

(16) *Droit et Démocratie*, Gallimard, 1997, s. 147.

dukça uzun açıklamalar yapmayı gerektirir. Burada, ilk ortaya çıkışından itibaren demokrasinin uzun soluklu bir biçimde yerleşmesi tarihinin, bir yandan yurttaşlara ya da onların meşru temsilcilerine -ama yargıçlara değil- hukuk “üretimi” yetkisi sağlamaktan, diğer yandan da, eylemin gerçekleşmesinden önce hukuku bilinebilir kılmaktan ibaret olduğunu belirtmekle yetinelim. Şüphesiz, her insanın önde gelen temel hakkı budur. Bu teorilerde demokratikleşme, cadının, papazın, kralın, ve bugün saygın yargıcın yanılmaz “büyük yorumcu” olarak hukuku, başarılı bir şekilde ve az çok iyi niyetle içine saklamış oldukları gizden çıkarıp bütün Agora’nın gözleri önüne sermelerinden ibarettir. “Hizmet edenler” arasında yargıcın yanısıra bir “öğretinin” (17) de bulunduğu -sanki oybirliğiyle üzerinde uzlaşmaya varılmış “bir” öğreti varmışçasına- kapalı bir kültürün büyümesine geri dönüş kabul edilemez. Yargıcın tıpkı diğer siyasal aktörler gibi “temsilci” olarak görülmeyi talep etmesi üzerinde ikinci bölümde tekrar duracağız.

Bu tür bir incelemenin bütün tehlikeli sonuçları bariz bir biçimde ortaya çıkıyor. Sadece pratik sonuçlarından yola çıkarak bir teorinin geçerliliğini sorgulamanın çok da bilimsel olmayacağı rahatlıkla anlaşılır; bununla birlikte, bunlardan söz etmediğimiz takdirde eksik bir değerlendirme yapmış olmaz mıyız?

Kısacası, yazılı ve kavranılabilir bir metin olarak düşüncülen anayasanın ölüm çanlarının çalması, sonuç olarak G. BURDEAU’yu haklı çıkaracaktır. BURDEAU’nun güzel ifadesinden hareketle, anayasa “gölgelerin ika-met ettiği alegorik bir tapınak”tır. Eğer bu teoriler haklı olsaydı, Anayasa Konseyi ve genel olarak anayasa yargıcının varlık sebepleri bile oldukça “tehlikede” olacaktı: anayasa yok = anayasa yargıcısı da yok!

## B. Karşı Çıkan ve Şiddetlenen Anayasal Sertlik

Anayasal sertliğin tartışma konusu yapılması bile, Anayasa Konseyi için bir tehlike oluşturmaktadır. İyi bilinen bir konu olduğu ve yakın bir tarih-

(17) D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Montchrestien, 1999, s. 467.

te yazdığımız makalede bu konudaki temel düşüncelerimizi sunduğumuz için, bu soruna ilişkin yapacağımız açıklamalar oldukça kısa olacaktır (18).

Nasıl ki gerçek bir anayasanın –yargıcın iyi niyetine sığınan “sanal” bir anayasadan söz etmiyoruz- varlığı anayasa yargıcının varlık koşulu ise, söz konusu bu anayasanın gerçek sertliği de öyledir. Oysa bu alan da tehdit altındadır, çünkü, paradoksal bir biçimde bir yandan, anayasanın ya da en azından temel düzenlemelerinin mutlak bir sertliğe kavuşturulması amacını güden anayasa-üstü bir isteme şahit olurken, diğer yandan ise anayasanın giderek daha az sert hale geldiğini görüyoruz.

### 1. Karşı Çıkılan Sertlik

Kelimenin hukuksal anlamıyla anayasal sertlik, yani diğer bir anlatımla, yasanın değiştirilmesinden farklı olarak anayasanın değiştirilmesinin istisnai ve ciddi bir usule bağlanması, 1958 Anayasası’nda düzenlenmiştir; hatta Üçüncü ve Dördüncü Cumhuriyet’e göre daha önemli ve güçlendirilmiş bir anayasal sertlik söz konusudur.

Buna karşılık, eğer sosyoloji ya da siyasal bilimler alanından bakacak olursak, anayasal sertliğin tartışma konusu yapıldığı kolayca tespit edebiliriz. Aslında, anayasal normun sertliği ile değiştirilemezliğini birbirine karıştırmadan, anayasal normun özellikle son on yıldır büyük ölçüde kırılan hale geldiğini tespit etmek gerekir. Bu tespit, yapılan anayasal değişikliklerin sayısının artmasından kaynaklanmaktadır (on yılda dokuz değişiklik); öyle ki anayasada bir ya da iki değişikliğin yapılmadığı yılların sayısı azdır (19). Üstünkörü bir sınıflandırma, 4 Ağustos 1995 tarihli halkoylamasına ilişkin değişiklikte olduğu gibi, “kendiliğinden” gerçekleşen değişiklikler ile “zorlama” sonucu gerçekleşen değişiklikleri birbirinden ayırt etmeyi mümkün kılar. “Zorlama” sonucu gerçekleşen anayasal değişiklikler ya Konsey’in hemen cevap verilmesini istediği bir talebi ile -18 Haziran 1976 tarihli başkanlık seçimine (ölüm, bir adayın adaylığını koy-

(18) « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », *Mélanges Ph. Ardant*, LGDJ, 1999, s. 251.

(19) Anayasada, örneğin 1993 yılında, 27 Temmuz’da ve 25 Kasım’da; 1999 yılında 25 Ocak’ta ve 28 Haziran’da değişiklikler yapılmıştır.

masının engellenmesi) ilişkin talep bu yöndedir; ya uluslararası bir anlaşmanın (20) onaylanması gerekliliği ve dolayısıyla belli bir açıdan Anayasa Konseyi'nin talebi ile; ya da son olarak, tam tersine, sığınma hakkına ilişkin davada, daha önce de atıfta bulunduğumuz kadın-erkek eşitliği konusunda 25 Kasım 1993 ve 8 Temmuz 1999'da yapılan anayasa değişikliğinde, ya da Yeni Kaledonya'da seçmen olma kriterlerinin yeniden tanımlanmasına ilişkin 15 Mart 1999 tarihli Konsey kararına tepki olarak yapılan 24 Ocak 2000 tarihli "erteleme" değişikliğinde olduğu gibi Konsey'in kendi kararını "bozmak" için ortaya çıkabilir.

Her ne kadar büyük usta L. FAVOREU, Fransa'ya oranla Almanya'da yapılan değişiklik sayısının çok daha önemli oranda olmasına rağmen anayasanın kırılma noktasından söz edilmediğini saptıyorsa da, yurttaşların çoğunluğu, anayasal normun uygulamada her zaman anlaşmadan ya da yasadan üstün olmadığını düşünüyor, ki bu da anayasanın sertliğinin zayıflığını artırıyor.

## 2. Şiddetlenen Sertlik

Anayasal normun istikrarsızlığını ve kırılma noktasını tespit ettiğimiz zaman bile, hem mantıklı hem de şaşırtıcı, hatta paradoksal bir olguyla karşılaşmaktayız: hiçbir değişikliğe elverişli olmayan "sert anayasal çekirdek" in varlığının dile getirilmesi ya da öne sürülmesi olgusu.

Eğer zamanımız olsaydı, bu sertleştirme olgusunun değişik yönlerini inceleyebilirdik. Böylece, O. BEAUD'nun da aralarında bulunduğu, egemenliğin Avrupa Birliği gibi ulusüstü bir kurumun yararına terk edilmesinin ancak halkoylamasına ilişkin bir değişiklikle mümkün olabileceğini öne süren yazarların savlarını inceleyebilirdik, ki bu sav bizim için tartışma götürür bir savdır. Bu savda her şeyden önce, her ne kadar ifade tartışmalı da olsa, "temel" kurucu erkin -yeniden keşfi değilse bile- eski saygınlığına kavuşturulmasına dayanan daha fazla bir sertlik ve bunun da arkasında, dokunulmaz bir doğal hukuk isteminin dışavurumunu görmek gerekiyor.

(20) Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasına yönelik Maastricht, Amsterdam ya da Roma Anlaşmaları. Ayrıca, Valéry Giscard d'Estaing, "Ne jouons pas avec la constitution", *Le Monde*'ün içinde, 19 Ocak 2000.

Sertleştirilmenin sağlanması yararına olan bu hareketin diğer bir yönü, bazıların, gerçekten muğlak olan bir kararın (2 Eylül 1992 tarihli Maast-richt II kararı) yorumundan yola çıkarak, Anayasa Konseyi'nin anayasal değişikliklerin anayasaya uygunluğunu denetlemesini istemeleridir! Burada, "cumhuriyetçi yönetim biçimini" değiştirmeyi yasaklayan Anayasa'nın 89. maddesinin 5. fıkrasındaki düzenlemelerin hukuki doğasının sorgulanmasından doğan bir tartışma söz konusudur. "Cumhuriyetçi yönetim biçimi" ifadesinin, çok da hukuksal bir anlamı olmadığını kabul etmek gerekir. Değişiklik yapılmış hükümlerin doğasına bağlı olarak çeşitlilik gösteren değişiklik usullerini uygulamaya koymuş olan İspanya gibi bazı devletlerde böylesi bir tutum mantıklı olsa da, genel bir ilke çıkarmaya ve özellikle de, bu yöntem çeşitliliğinin hiçbir biçimde var olmadığı Fransa'da bunu benimsetmeye çabalamak için yeterli değildir. Descartes'ın ülkesinde (acaba hala Descartes'ın ülkesinde miyiz?), kurucu iktidar tarafından gerçekleştirilen anayasal değişikliğin anayasaya uygunluğunu denetlemenin kavramlarda bir çelişkiye işaret ettiği açıktır. Neyse ki hala, bunu açıkça dile getirebilen G. VEDEL gibi büyük hukukçular var. Her ne kadar tartışmalı da olsa, "temel anayasa hukukuna nazaran yalın anayasa hukukunun denetimi"nden (21) bahsetmeyi tercih eden büyük usta L. FAVOREU'nün bu şık ifadesi kimseyi yanıltmayacaktır.

Bu konuyu noktalamak için, oldukça gözde bir konu olan ve gerçekte bütün önceki sorunların arkasında satır aralarında yer alan anayasaüstülüğün olması ya da olmaması konusunu ele almak gerekir. Sayısı giderek artan anayasanın daha sert hale getirilmesi taraftarları, ancak anayasanın üstünde böyle bir normun var olduğu fikrini savunabilirler. Bu normun, modern anayasaların bir çoğunda bulunabilen ve bazen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da Ekim 2000'de Biarritz'de Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen müstakbel Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nca ("Le Monde", 17/10/2000) yinelenen bir tür Avrupa ya da dünya demokratik "kamu hukuku" olmasının fazla bir önemi yoktur. Burada temel olan ve altı çizilmesi gereken, bu anayasaüstü normu dile getirecek ya da sadece resmi olarak varlığını teyit edecek bir kurumun var olmaması nedeniyle

(21) a.g.e., s. 137.

zımni bir “doğal hukuk” belirlenmesi işlevi, ancak ulusal anayasa yargıcısı, bizim ele aldığımız durumda Anayasa Konseyi tarafından yapılabilir. O halde, aceleci bir biçimde anayasa yargıcısının kendi kendine ilan ettiği ege-men gücünden hiçbir tehdit gelmeyeceğini, ama elbette ki fazla ölçüp biçmeden, söyleyebilirdik. Oysa, böyle bir sav ve böyle bir sonuç, ancak kurucu iktidarı başarısızlığa uğratacak mutlak iktidarın sahibi olan anayasa yargıcısının saygınlığını gölgelemeye yarar.

### C. Gitgide Daha Az Anlaşılır Bir Metin

Hukuk, etkili olmak ve demokratik bir devletin gereklerine cevap verebilmek için açık olmaya gereksinim duyar. Anayasa Konseyi’nin kendisi, “yasa gücünde kararname yolu ile düzenleme yapma” konusuna ilişkin olarak 1999 yılının Aralık ayında aldığı kararda, “anayasal değer taşıyan hedefler” adı altında bu durumu tanımış ve açıklamıştır; zenginleşen hukukumuz ölümlülerin çoğu için ulaşılmaz hale gelmiyor mu? Çoğunlukla şimşekleri üzerine çeken metinleri “kaleme alan” Danıştay’ın parlak raportörlerince desteklenen Anayasa Konseyi üyeleri sonunda kendilerini, çok sık değiştirilmesi nedeniyle bir tür “milföy”ü, hatta daha da ötesi sürekli yeni yama eklenen yamalı bir bohçayı andıran bir anayasayla başbaşa bulacaklarına inanmak isteriz.

Güçlkle okunabilir olan anayasanın içeriği gitgide daha tutarsız değilse bile belirsiz bir hale geliyor.

#### 1) Okunulması Güç Bir Metin

Kırk yıldan fazla zamandan beri anayasamızı sürekli olarak daha iyi hale getirmek için uğraş veren anayasa “değiştiricilerimizi” suçlamaksızın, elde edilen sonuçların onların hedeflerine yaraşır nitelikte olmadığını kabul etmek gerekir. Daha fazla tutarlılık getirebilecek olan hiçbir köklü değişiklik yapılmamıştır. Ağustos 1995’te olduğu gibi yakın dönemde yapılan ve yadsınamaz, ancak kısmi nitelikte olan bazı makyajlara rağmen, anayasa yapıcı anayasa maddelerini “ayıklamakla” yetinmeyi tercih etmektedir: m. 47, 47/1; m. 53, 53/1, 53/2; m. 88, 88/1, 88/2, 88/3, 88/4. Bu doğrultuda yalnızca, biçim bakımından tartışmalı olan Yeni Kaledonya’nın statüsü konusundaki, özellikle 20 Temmuz 1998 tarihinde gerçekleştirilen değişiklik ile Korsika’nın müstakbel anayasal statüsünü bekleme sürecin-



deki değişiklerin neden olduğu tutarsızlıklardan söz etmekle yetineceğiz. Birçok anayasaya sahip olmak, aynı anda birden fazla beyine (korteks) sahip olmak gibidir (22): ilk dönemlerden beri hüküm süren “dinozor” anayasa; bildiğimiz koşullar altında ve “anayasadan kaynağını alarak imzalanan sözleşmeleri” göz ardı etmeden değiştirilen –ki bunun siyasal rejimdeki değişmelerle karıştırılmaması gerekir- yeni anayasa; Profesör Marie-Anne COHENDET’in uzun zamandır belirttiği gibi, anayasamızdaki bütün gizli tutulmuş ihlalleri utanmadan telafi etmeye olanak veren “sanal” anayasa ...

## 2) Belirsiz Bir İçerik

Bugün, üçüncü binyılın başında, anayasamız ne muhteva etmektedir? Bu soruya kesin bir biçimde yanıt vermek gerçekten zordur ve bu zorluk yalnızca birinci sınıftaki genç bir öğrenci için geçerli değildir.

Uluslararası anlaşmalar ve bunlara bağlı olarak türetilen her hukuk, Anayasa Konseyi’nin “hamileliğe gönüllü son verme (kürtaj)” konusundaki 1975 tarihli içtihadı uyarınca, ünlü “anayasa bloğu”na dahil olmamaktadır. Bugün bu konuda o kadar da emin değiliz. Örneğin anayasamızın 88. maddesinin 2. fıkrası ile Maastricht (23) ve Amsterdam (24) Anlaşmalarına yapılan bütün atıf ve referanslar bunları “anayasal güvenceye kavuşturmaya” yetmiyor mu? Bu kapsamlı tartışmalara konu oldu ve daha önce anılan Anayasa Konseyi Defterleri (\*\*), değişik bakış açıları ve uygulamalarına sahip iki seçkin Konsey uzmanının, Guy CARCASSONNE ve Bruno GENEVOIS’ın, “15 Ocak 1975 tarihli ve 74-54 numaralı kararın sonucu olan içtihadı sürdürmek gerekir mi?” sorusuna verdikleri yanıtları yayınlayarak konuya geniş bir biçimde eğildi. Bu durum Konsey’in içtihadında yüz seksen derecelik bir dönüşü mü haber veriyor? Bugüne kadar içtihatlarda çok fazla bir dönüş görülmediği için bu tespitin kesinliğinden emin değiliz. Ayrıca, Konsey’in başat iddiası olan uluslararası hukukun

(22) Jean-Claude Douence et Bernard Faure, «Y a-t-il deux constitutions ?», *Revue Française du Droit Administratif*, 2000, s. 746.

(23) 7 Şubat 1992.

(24) 2 Ekim 1997.

(\*\*) Türkiye’de yayınlanan *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi* gibi düşünülebilir (Ç.N.).

“yapısı”nı değişik yönleriyle tanımanın zor olduğu savından vazgeçtiği de kolay kolay söylenemez. Eğer söz konusu bu “hamileliğe gönüllü son verme” konusundaki içtihat terk edilmek zorunda ise, Fransız Anayasası aşırı şişkinlik tehdidi altında olmayacak mı? Kendinden öncekilere ilave edilmiş, anayasanın kendi “statüsünden” doğan bu tür bir toptan tehdit duygusunu sürdürmeğe katkıda bulunan fazladan bir tehdit daha; geriye Konsey’in bugünkü yerine ilişkin çok daha doğrudan tehditleri sergilemekten başka bir şey kalmamaktadır.

## II- Karşı Çıkmış Anayasal Yargıç

Anayasa Konseyi tehdit altında bulunmaktadır, çünkü iki olgu ile karşı karşıyadır: birincisi, abartılı, hatta dayanaksız olarak nitelendirilebilse dahi, aralıksız olarak dozunu artıran ve dramatik bir ifadeyle “yargıçlar hükümetinin” hayaleti olarak adlandırılacak bir olguyu göstermeyi amaçlayan bir eleştiri biçimini almaktadır (A); ikinci olgu, bizim gözümüzde çok daha vahimdir, çünkü doğrudan etkilidir olduğu gibi daha şimdiden geniş bir biçimde olayların içine nüfuz etmiştir. Bu ikinci olgu, Konsey’i marjinalleşmeye götürecek olan başka yargıçlar tarafından “by-pass edilmesi”nden –hayal etmesi bile zor olan çabuk tepki gösterme durumu hariç- ibarettir (B).

### A. “Yargıçlar Hükümeti”nin Hayaleti

Burada, tek bir anayasa yargıcı özelinde düşünülemez bu ifadenin arkasına saklanan bütün sorunları ele almamız söz konusu değildir. Fransa’da ve diğer komşu ülkelerde, bir çok tartışmaya, kolokyuma ve kitabın kaleme alınmasına yol açan –aynı ölçüde somut çözümlere ulaşmaksızın- ceza yargısı ile siyasetçiler arasındaki ilişkilerde bir huzursuzluk olduğu doğrudur. Bu durum bir ölçüde, 2000 yılının başındaki “ertelenmiş” adalet reformu projesi serüvenlerini haklı göstermektedir. Burada kendimizi Anayasa Konseyi’nin anayasaya uygunluk denetimi görevi ile sınırlandırıyoruz, fakat Konsey’in bu durumu, daha önce belirttiğimiz yargıçların tamamını kapsayan genel havadan tamamıyla kendini kurtaramaz.

Konsey, iki farklı bakış açısıyla ifade edilen eleştirilerin hedef tahtası olmaya açıktır: Konsey, öncelikle, giderek her tarafı istila edebilecek olan hukukun anayasallaştırılması konusunda eleştirilebilir; daha sonra da,

Konsej'in, bazı yazarlar tarafından "temsilci" statüsü atfedilerek tanıtılmasından hayrete düşülebilir.

### 1) İstilacı Hukukun Anayasal Kurum Haline Getirilmesi

Birçok kolokyuma ve çok sayıda tezin (25) kaleme alınmasına yol açan hukukun "giderek büyüyen" (26) anayasal bir niteliğe kavuşturulması oldukça geniş bir konudur. Burada yalnızca bazı düşünceler üzerinde durulacaktır.

Hukukumuzun komşularımıza göre çok daha geç bir zamanda anayasal bir niteliğe kavuşturulması çok hızlı ve bir bakıma da çok ani gerçekleşti, ya da en azından, özellikle Profesör F. TERRE tarafından iyi bir şekilde temsil edilen özel hukukçular başta olmak üzere birçok yazarca böyle olduğu düşünüldü. Kamu hukuku alanında herkes büyük usta L. FAVOREU kadar coşkuyla sevinmemektedir ve "anayasal temeller" diye adlandırılan olguyu o veya bu şekilde hissetmiş, açıklamış ve bu olguya fikren katılmış seçkin yazarlar, bu olgunun mantıksal temellendirilmesi üzerinde değilse bile, en azından böylesi bir olguya abartılı, fakat pek az işlevsel bir değer atfedilmesi üzerinde kendi kendilerini sorgulamaktadırlar. Konseye düşman olmasına pek de ihtimal verilmeyen büyük usta G. VEDEL'in, kaynağını son dönemlerde yazdığı makalelerinden alan, hukukun farklı dallarının tümünden anayasal niteliğe kavuşturulmasının gerekliliği ve yararı konusunda yeterince ikna olmadığı düşüncesi kimse için bir sır değildir. Başkan F. LUCHAIRE de daha önce atıf yaptığımız Kamu Hukuku Dergisi'nde (*Revue du Droit Public*) yayınlanan makalesinde bu yaklaşımı benimsediğini gözler önüne sermiştir: "Anayasa hukuku, kamu hukuku ve ceza hukuku alanlarında (bütününde özel hukuk da ilave edilebilir) ilerlemektedir, bu konuda sevinmek mi üzülmek mi gerekir? Biraz ihtiyat (!) gerekli görünmektedir: Anayasa Konseyi'nin içtihadında çok fazla detaylara girmemesi gerekecektir ..." Daha açık ifade edilemezdi.

---

(25) Bu tezlere şu örnekler verilebilir : N. Molfessis, *Le Conseil Constitutionnel et le Droit Privé*, Paris II, 1994 ya da St. Mouton, *La Constitutionnalisation du Droit*, Toulouse, 1998.

(26) D. Rousseau'nun ifadesi, a.g.e.

Kuşkusuz, söz konusu bu anayasal niteliğe kavuşturmanın, ihtiyatlı bir biçimde gerçekleştirildiği ve hala da gerçekleştirilmeye devam ettiği, ve Konsey'in kendine yasama organınıninki ile kıyaslanabilir nitelikte bir "genel takdir yetkisi olmaması" yüzünden normatif bir organ süsü vermeyi daima reddettiği öne sürülecektir. Cumhuriyet Yasaları ile tanınmış olan yeni Temel İlkelerin yeniden tanınmasında ihtiyatlı davranan Anayasa Konseyi, ilerde görüleceği üzere, Danıştay tarafından "sollanmak" ve 27 Temmuz 1994 tarihli "Biyotetik" kararında olduğu gibi kendini darbelere açık hale getirme pahasına da olsa anayasanın anlamına ilişkin ilkeleri "yaratmak" konusunda çok daha ihtiyatlı biçimde davranmıştır. Ayrıca, çoğunlukla kısmi bile olsa bir anayasaya aykırılık durumunu duyurmak konusunda da çekingen. Son olarak, 1975 tarihli "hamileliğe gönüllü son verme" kararında da görüldüğü gibi, kendi kendini sınırlayacak kadar alçak gönüllü. Bütün bunlar doğrudur, öylesine doğrudur ki, büyük usta P. PACTET (27) kadar ılımlı bir kişi bile Konsey'i "cesur" bulmakta tereddüt etmemektedir.

Sonuçta, daha fazlasını söylememek için "cesur" diyor. Çünkü Konsey, yakın dönemde, böyle en az on rezerv içeren "Medeni dayanışma anlaşması (PACS)" hakkında verdiği kararlar ortaya çıktığı gibi, yasayı tekrardan kaleme almaya kadar varabilecek bir "yorum çekincelerinin" istismara yakın bir şekilde kullanımında tereddüt etmemektedir (28). Bundan başka, 16 Aralık 1999 tarihli yasa çıkarma usulüne ilişkin yasa kapsamında, hukuksal metinlere daha büyük sayıda "erişim" meselesinde son derece geniş bir "anayasal değer taşıyan hedef" tanıması ile cesur değil midir? Konsey'in yakın zamanda, 22 Ocak 1999 tarihinde, Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmasını öngören Roma Anlaşması kapsamında, ancak görev süresi dışında ve yalnızca vatana ihanet suçlarından Yüce Divan önünde yargılanabilen cumhurbaşkanının sorumluluğuna ilişkin almış olduğu karar örneğinde olduğu gibi, bir gerekçelendirmenin dolambaçlarında büyük

(27) *Institutions politiques et droit constitutionnel*, A. Colin, 2000.

(28) Amerika Birleşik Devletleri'ndeki gibi itiraz yoluyla denetimden farklı olarak öndenetimde, henüz hukuksal olarak varılmaya başlamamış, yani yayınlanmamış bir yasayı ne pahasına olursa olsun kurtarmak için "tedaviye konusunda hırs" yapmamak çok daha mantıklı olacaktır.

öneme sahip bir ilke ya da kural ortaya çıkardığı bu ünlü “*obiter dictum*”lar hakkında ne düşünmeliyiz? “Hayalet” iş üstünde ...

## 2) “Temsilci” Unvanının Haksız Yere Kullanımı

Bize göre biraz fazla kolay bir biçimde hukuk yapma yetkisini tanıdıkları Konsey gibi bir kurumun meşruluğunu tartışma konusu yapan yazarlar, Konsey’in parlamento ya da yürütme organıyla aynı unvanı taşıyarak, halkın “temsilcisi” olması nedeniyle, bu normatif rolü çerçevesinde meşru olduğunu ispat etmeye yönelerek sorunu başka yöne kaydırmakta ve eleştirilere açık hale gelmektedirler.

Bize öyle geliyor ki, bu D. ROUSSEAU’nun (29) görüşüdür. D. ROUSSEAU, “Konsey, böylece yeni bir demokratik ‘işleyiş’ modelinin ilk adımını atmaktadır: Konseyden önce, temsilcilerin iradesi halkın iradesinden üstün idi ... Konsey ile birlikte, halk egemenliği baskın çıkma ‘konumuna’ geldi. Çünkü halk egemenliği, temsilcilerin iradesi karşısında kendi iradesini ifade etmesini sağlayan bir aracı, yani Konseyi, elinde bulunduruyor” diye yazmaktadır. Bu alıntı iyi bir biçimde göstermektedir ki, Konsey halk egemenliğini ifade etmektedir. Bu, Konsey’in halk egemenliğini temsil ettiğini, ancak açık bir biçimde klasik temsilcilerden daha iyi bir biçimde temsil ettiğini söylemenin bir başka yoludur. O halde bu, Konseye bir tür “üstün temsilci” niteliğinin tanınmasıdır. Kuşkusuz, temsilci niteliğinin demokratik bir biçimde tayin edilmemiş bir organa da tanınabileceğini kabul etmek gerekir. Bu konuda her zaman 3 Eylül 1791 tarihli Fransız Anayasası’nın 2. maddesine atıf yapılır: “Fransız Anayasası temsile dayalıdır: temsilciler yasama organı ve kraldır (!)”. Fakat bu metnin özel koşullarda kabul edilmiş olması, onun her türlü genelleştirmesini riskli ve tehlikeli bir hale getirmektedir.

Bu koşullarda, Anayasa Konseyi’ni Fransız halkının temsilcisi yapmak istemek bize uygun görünmemektedir. Bu sözde “temsilci” organa, iki seçim dönemi arasında, her türlü denetimden bağımsız bir içtihat aracılığıyla yüksek bir normatif rol oynatma savını gütmek kabul edilemez. “Kesinti- li bir demokrasi” daha uygun geliyor ...

(29) Bakınız : el kitabı, s. 449 ve ayrıca, *La Démocratie Continue* adlı eseri.

## B. Diğer Yargıçların Rekabeti

Şu ya da bu unvanla, her şeye rağmen normatif kural olarak duran yasa-yı denetlemekle yetkili kılınmış ulusal ya da Avrupalı -uluslararası yargıç henüz yokken- diğer yargıçlardan gelen tehdit Konsey'in geleceği için oldukça kötüdür; bu tehdit yalnızca Konsey'in faaliyetini oluşturan bütün hususlarda Konsey'in yetkisiz kılınmasını değil, aynı zamanda geçmişte düşünülmüş olası reformların yararsız hale getirilmesi yoluyla ortaya çıkan bir marjinalleştirme tehlikesini de doğurur, örneğin yanlış bir adlandırmayla "anayasaya aykırılık itirazı" ismini verdiğimiz konuda böyle oldu, çünkü başka bir biçimde ve yaklaşık olarak aynı sonuç ile zaten var olacaktı.

### 1) Ulusal Yargıçların Rekabeti

1975 tarihli "hamileliğin gönüllü sona erdirilmesi" kararı, tamamen beklenmedik değilse bile en azından Konsey'in geleceği için son derece önemli sonuçlar doğurdu. "Avrupa Birliği" olarak ortaya çıkan şeyin kurucusu olan anlaşmalar da dahil olmak üzere, anlaşmaların ürünü olan her türlü uluslararası hukuku "anayasallık bloğuna" dahil etmeyi reddetmek suretiyle Konsey, ulusal normatif faaliyetin denetiminde oldukça etkili bir araç üzerindeki yetkisini kaybetmeyi kabul etmiş oluyordu (30).

Her türlü duygudan arınmış bir biçimde, Yargıtay'ın 1975 tarihli "Jacques VABRE kahvesi" kararıyla adli yargıç ve 1989 tarihli "NICOLO" kararıyla, -doğasından ve tarihinden kaynaklanan çok sayıda tereddüt geçirmesinin ardından, varlığını sürdürmesi buna bağlı olduğu için- Danıştay, Konsey tarafından başlatılan yasaların sözleşmeye uygunluğunu denetleme sürecine dahil oldular.

5 Mart 1999 tarihli Danıştay'ın "ROUQUETTE" kararından (31) kaynağını aldığı üzere, söz konusu bu yasaların anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin reddine tamamı ile bağlı kalarak, ulusal yargıçlar, yasadan önce gelse dahi bir Avrupa normu -bu Avrupa normundan hareketle yapılmış

(30) Bakınız : G. Drago, *Contentieux Constitutionnel Français*, PUF, 1998, s. 330.

(31) Christine Maugué, *Revue Française du Droit Administratif*, 1999, s. 357'nin sonuç bölümü ve B. Genevois : « Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la constitution », *Revue Française du Droit Administratif*, 2000, s. 715.

bir norm da olabilir- ile karşıtlığı nedeniyle uygulanamazlığını ilan etmekte tereddüt etmezler ki, bu rahatsızlık duygusu uyandırmaktadır zira, bir Fransız açısından, bir "idari işlemin" (idari işlemin tanımı ve kabul şartları bilinmektedir) tüm koşullarını haiz basit bir "talimat" yasaya üstün gelmektedir! Bu koşullar altında, Asliye hukuk mahkemeleri ve idari mahkemeler, 2 Nisan 1979 tarihli "kuşlar" yönetmeliğini 1998 tarihli göçmen kuşlar için av mevsiminin kapanması tarihine ilişkin yasanın önüne geçirecek hiç alışılmadık bir "ün" kazandılar.

Bunun dışında, yine Anayasa Konseyi'nin marjinalleşmesi sonucunu doğuran Danıştay'ın nispeten yakın tarihli, çok önemli iki kararıyla bu kuruğa olağanüstü tepki gösterme yeteneği açığa çıktı. Burada söz konusu olan 3 Temmuz 1996 tarihli "Koné" kararı ile 30 Ekim 1998 tarihli "Sarran" kararıdır. Birinci kararda, yani "Koné" kararında, Danıştay, kendisinin koyduğu ya da en azından ortaya çıkardığı bir "anayasa ilke"sine uygun olarak bir sözleşmeyi yorumlamaktadır. Bu ilke, siyasi nedenlere dayanan suçluların iadesi isteminin yerine getirilemeyeceğine ilişkindir. Bu yorum örtük bir biçimde, Konseye "anayasal" organ statüsü verilmesine yol açmaktadır, çünkü işlev organı "yaratmaktadır". Sözü edilen ikinci kararda, yani "Sarran" kararında, durum çok daha karmaşıktır ve Anayasa Konseyi için çok daha ağır sonuçlar doğurmaktadır. Sonuçta, L. DUBOIS ve J. F. FLAUSSE (32) gibi en cesur yorumcular için Danıştay, "yorum maskesi altında bir anayasaya uygunluk çekincesi oluşturmaktadır. Ashında anayasaya uygunluk denetimi yapmaktadır"; bu kararın devrimci yönü konusunda oldukça ihtiyath davranan Profesör B. MATHIEU ve Profesör M. VERPEAUX'ya (33) göre Konsey, kararın anayasaya uygunluğunu, sözleşmeye aykırılığına üstün tutmakla yetinecektir. Danıştay'da raportör olan ve sonuç bölümlerini kaleme alan Christine MAUGÜE'e gelince, o olup bitenleri yumuşatmaya çalışmaktadır (34): "... Danıştay'ın kendini, sözleşmenin anayasaya uygunluğunu denetleme rolü biçtiğine dair hiçbir işaret bulunmamaktadır ... İstisnai hallerde anayasanın yönetsel işlem ile sözleşmeler arasında bir engel teşkil ettiğini saptamakla yetinmektedir ..." Her ne kadar yorumunun sonuç bölümünde, sadece "faydalı bir diya-

(32) *Revue du Droit Public*, 1999, s. 919.

(33) *Revue Française du Droit Administratif*, 1999, s. 67.

(34) *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, a.g.e., s. 89.

log”dan bahsetmeyi tercih etse de, daha önce görmüş olduğumuz gibi, C. MAUGÜE, “Anayasa Konseyi ile ilişkilerinde Danıştay’ı harekete geçiren rekabet ruhu”nu kabul etmek zorunda kalmıştır. Biz, herkes tarafından bilinen yönelimlerin üzerinde ısrarla duran, iktidar ve liderliğin ele geçirilmesi kavgaları dolayısıyla Anayasa Konseyi üzerinde dolaşan çok daha gerçek tehlikeleri daha iyi anlamayı sağlayan bu ikinci yoruma katılmayı tercih ediyoruz.

## 2) Avrupalı Yargıçların Aralarındaki Rekabet

Avrupalı yargıçlar arasındaki rekabet önceden kestirilebilir nitelikteydi. Avrupalı yargıçlar arasındaki bu rekabet beklenenden daha hızlı bir biçimde ortaya çıkmakta ve genelde anayasa mahkemelerinin, özelden de, geçmişte Fransız devletinin merkezi yapısından diğer mahkemelerden daha fazla yararlanan ve bugün de bu yapının olumsuz sonuçlarına doğrudan maruz kalan Anayasa Konseyi’nin geleceği üzerinde önemli sonuçlar doğurmaktadır.

Hukukumuzun giderek, doğrudan ya da dolaylı olarak, Avrupa kökenli hale geldiği şu günlerde, bazıları “ulusal” hukukun, Fransa’da uygulanan hukukun yalnızca 1/4’ünü değilse bile, 1/3’ünden fazlasını temsil etmediğini düşünecek kadar ileri gittiler. Özellikle, Konsey’in oldukça tartışmalı olan 1975 tarihli kararından sonra (“hamileliğin gönüllü sona erdirilmesi”), Avrupa nezdinde bir yargılamanın ortaya çıkması ve gelişmesine tanıklık edeceğimizi önceden kestirmek zor bir şey değildi. Sonuç olarak, Uluslararası Adalet Divanı ve özellikle bireysel başvuru olanağının tanınmasından beri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gitgide ön plana çıkan iki mahkemedir. Avrupa Konseyi ile Avrupa Birliği bir gün büyük olasılıkla tek bir kurum haline geleceği düşünülürse, bu tarihten itibaren söz konusu bu iki mahkemenin birleşmesi de bunun doğal bir sonucu olacaktır. Yanılgıya düşmeyelim, bu birleşme yeni oluşacak kurumun gücüne güç katacaktır. Hiç şüphesiz, Başkan J. ROBERT (35) ya da D. ROUSSEAU gibi yazarların gösterdiği ve uygulamalarda da kendini şimdiden hissettirdiği gibi bu birleşmeyi bir Avrupa “Anayasasının” yapılması ve uygulanması önceleyecek ya da izleyecektir. Ele aldıkları hukuksal sorunların Av-

(35) 3 ve 4 Aralık 1999 tarihinde, Tunus Anayasası’nın kırkıncı yılı dolayısıyla Tunus’ta gerçekleştirilen kolokyum sırasında. Raporlar, Tunus’ta yayınlanma sürecindedir.



rupai boyutunun, hukuk uzmanları ve özelde de avukatlar tarafından öğrenilmesinin, ki henüz çok yavaş gerçekleşmektedir, temel haklar ile hukukun diğer dallarına ilişkin uyumsuzlukların, ve bunun yanısıra uyumsuzlukların doğasında olan sonuçların avrupalı bir nitelik kazanması sürecini hızlandıracağını ekleyelim.

Geriye “rekabetten” ne anladığımızı belirlemek kalıyor. Aslında, eğer kavram böyle anlamı belirsiz bir hale gelmeseydi, bütünleyici bir biçimde barışçı bir rekabet ya da bir tür hukuki “*cohabitation*” (\*\*\*) söz konusu olabilirdi. Böyle bir durumda örneğin, temel hakların Avrupa çapındaki uyumsuzluğu olgusu, kendi özgür iradesi ile ve temelinde bütünleyici olan bir alan içinde gelişme gösterecek (“Strasbourg Mahkemesi”nin bir davada “makul süre” konusunda, 9 Kasım 1999 tarihinde, “Chalibi ve Debboub olayı”ndan hareketle verdiği bir kararının da gösterdiği gibi) ve böylece Anayasa Konseyi bu “tehlikeli” duruma düşmeyecekti. Böylece, sadece diğer mahkemenin kararını tehdit etmeyen, zararsız bir rekabet söz konusu olabilirdi.

Fakat, “Avrupalı yargıçların” saldırısını ya da emperyalizmini tartışmış herhangi bir iradeden değil, iki hukukun, ulusal ve Avrupa hukukunun, eklenmesinden doğan zorlukları sonuca bağlayan, öngörülebilir olduğu kadar mantıklı ve kaçınılmaz zincirleme bir durumdan kaynaklanan çok daha az barışçı bir rekabet de söz konusu olabilir. Bu hukukların çelişki ve bağdaşmazlık düzeylerinin temel hakların korunmasının farklı düzeylerine denk geldiği düşünülebilir. Böylece, yeniden tartışmalar -belki de kaygılar- başlatan ve kuşkusuz bundan böyle Konsey üzerindeki tehlikelerin artmasına neden olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği bir karar ile bir adım daha atılmıştır. Aslında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi “Fransa’ya karşı Zielinski, Pradal, Gonzalez ve diğerleri”nin başvurusu ile ilgili olarak 28 Ekim 1999 tarihinde verdiği kararla, Anayasa Konseyi’nin anayasaya uygun bulunduğu bir yasanın (ki yenilik bu noktadadır), yasa Fransız yurttaşını bir kararın geçerliliğine itiraz edilmesini takiben “adil yargılanma” hakkından yoksun bıraktığı için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aykırılık taşıdığı kanısına varmıştır. Bilindiği

(\*\*\*) Fransız Beşinci Cumhuriyetinde, Cumhurbaşkanı ile hükümetin farklı eğilimi olan partilerden olması durumu (Ç.N.)

gibi Konsey'in varlık nedeni, Fransız yasasını Sözleşme karşısında yargılamak değildir. O halde, biçimsel olarak iki karar arasında çelişki yoktur. Şüphesiz, sınırlı sonuçlara sahip bir konu olan Alsace'a yönelik ilga hükmü konusuna ilişkin bir davanın varlığı öne sürülebilir. Fakat unutmamalıdır ki, tartışmalı olan "büyük kararlar"ın çoğu "ikincil", hatta pratik yararı olmayan davalarda alınmıştır (36). O halde, orta ve uzun vadede sadece Konsey'in saygınlığını yitirmesine neden olabilecek bir durumu açığa çıkaran "devrimci" bir kararın karşısında bulunduğumuzu görmeyi kabul etmemek için, bu tür ayrıntılar arkasına sığınmak tehlikeli olacaktır. Bu durum, büyük ihtimalle Konseyi çok daha ciddi bir içtihat benimsemeye ve zımnî olarak bir bakıma Avrupa bünyesindeki yazılı kaynakları ve mahkemelerin "genişlemiş anayasallık bloğu" içinde yaptıkları içtihatlarını bütünleştirmeye yöneltecektir. Tehlike gerçektir ve varlığını kuvvetli bir biçimde hissettirmektedir. Profesör G. CARCASSONNE'un belirttiği gibi, tehdidin farkına varmamak Konsey için tehlikeli olacaktır (37).

Anayasa Konseyi'nin, bir Avrupa Anayasa Mahkemesine bağımlı kılınmış bir Federal Eyalet Mahkemesine dönüştüğü günler henüz gelmemiştir. Fakat Konsey için, birinci bölümde anlatmış olduğumuz ve Konsey'in yasal temelini -Fransız Anayasası- tehdit eden birincil tehlikeye eklenen bu "Avrupai" tehlikeye tepki gösterme zamanı gelmiştir. Bütün bunlar Konsey'in meşruluğu ve dolayısıyla da geleceği için endişe verici unsurlardır. Konsey, içtihadı değiştirmeye ya da yürütme gücünün, hatta referandum aracılığı ile hareket eden egemen halkın, faaliyetinin daha yaygın bir denetimi gibi araçlarla yeni alanları fethetmeye mi soyunmalıdır? (38) Ortaya çıkan tehditlerden kurtulmak için Konsey'in yapması gereken, bunca olası stratejiden, hatta pek çok diğeri arasından bir seçim yapmak olacaktır.

Çeviren : Aysen UYSAL

(Paris I. Panthéon-Sorbonne Üniversitesi)

(36) Bu, daha önce Amerikan Anayasa Mahkemesi'nin hiçbir pratik yararı olmayan ünlü kararı « Marbury V. Madison » da görülen durumdur.

(37) *Le Point*, 12 Kasım 1999.

(38) 1993'teki « Vedel Komisyonu »nun önerilerine bakınız. Ayrıca bakınız, Frédérique Rueda, « Le Contrôle de l'activité du Pouvoir exécutif par le juge constitutionnel en Allemagne, en Espagne et en France », LGDJ, 2000, H. Roussillon'un önsözü.

Sayın Henry Roussillon'a bu konuşması için teşekkür ediyorum.

Tartışma bölümünde Hacettepe Üniversitesi Öğretim Üyesi Sayın Prof. Dr. Mustafa Erdoğan konuşacak. Sayın Erdoğan'a söz vermeden önce zamanın hayli ilerlemesi sebebiyle sayın konuklardan, değerli meslektaşlarımdan şayet soruları var ise çok kısa bir şekilde, yazılı olarak kürsüye iletmelerini istiyorum. Vakit elverdiği nispette sorulara cevap verilecektir.

Sayın Prof. Dr. Mustafa Erdoğan'a söz vermeden önce çok kısa bir özgeçmişini sunmak istiyorum. Ankara Hukuk Fakültesi mezunu, yüksek lisans ve doktorasını aynı fakültede tamamlamıştır. 1991 yılında Anayasa Doçenti olmuştur, 1997 yılında Profesörlüğe yükselmiştir, 1997-1998 öğretim yılında Amerika'da George Mason Üniversitesinde Ziyaretçi Profesör olarak araştırmalar yapmıştır. Halen Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde Öğretim Üyesi olarak çalışmaktadır.

Sayın Prof. Dr. Mustafa Erdoğan konuşma süreniz 20 dakikadır; buyurunuz efendim.

### **Prof. Dr. Mustafa Erdoğan**

Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

### **Prof. Roussillon'un "Fransız Anayasa Konseyi: Tehditler Zamanı" Başlıklı Tebliğinin Yorumu**

Profesör Roussillon'un tebliğinde temas ettiği sorunlardan birkaçı üzerinde özellikle durmak istiyorum. Çünkü, Fransız Anayasa Konseyi örneğinden hareketle dile getirilmiş olsalar da, bunlar aslında anayasa yargısının evrensel sorunlarıyla ilgilidirler.

## 1. Anayasa Kavramının “Endişe Verici” Gelişimi

Profesör Roussillon'un bu başlık altında ele aldığı ve Fransız Anayasa Konseyi'ni “tehdit ettiği”ni ileri sürdüğü başlıca iki sorun “anayasa” kavramının kapsamının genişlemesi ile anlamının belirsizleşmesi yönündeki gelişmeler olarak belirtilebilir.

### a) Kapsamın Genişlemesi: “Anayasallık Bloku”

Fransız Anayasa Konseyi anayasaya uygunluk denetiminde ölçü alınacak normları doğrudan doğruya pozitif anayasa normlarıyla sınırlı görmeyip, 1958 Anayasası'nın Dibacesinde yapılan atıftan hareketle, 1789 Bildirisi, 1946 Anayasası'nın Dibacesi ve Üçüncü Cumhuriyetten beri geliştirilen “Cumhuriyetin yasalarının tanıdığı temel ilkeler”i de ölçü normlara dahil etmiştir. Bunların ilk ikisi 1958 Anayasası'nın Dibacesinde açıkça belirtilmiştir. “Cumhuriyetin yasalarının tanıdığı temel ilkeler” ise içtihat yoluyla (1971'de) anayasallık blokuna dahil edilmiştir. Ayrıca, Konsey kimi kararlarında “anayasal değer taşıyan amaçlar” terimine yer vermekle de, benzer sonuç doğurabilecek bir yola girmiştir. Bu da, Profesör Roussillon'un anlatımıyla, “anayasanın içeriğini gitgide... daha belirsiz” hale getiren bir yoldur. Bir görüşe göre, Konsey bu karardan sonra, artık Anayasa'nın öngördüğü “iktidar haritası”nın yorumcusu olmaktan çok; içerikleri, anlam ve kapsamı sürekli yoruma ihtiyaç gösteren temel hakların koruyucusu haline gelmiştir. Konsey bu suretle, teşrii, idari ve yargısal otoritelerin kararlarının içerik ve sınırlarını gitgide daha fazla belirlemektedir.

Bu gelişme, insan haklarının korunmasına hizmet ettiği ölçüde anayasa yargısı organlarının anayasal-demokratik bir sistemde olması gereken işlevine uygundur. Bununla beraber, bir “anayasallık bloku” yaratılmasının ve bunun kapsamını sürekli genişletme çabasının prensip olarak doğru olup olmadığı sorunu hala açıkta kalmaktadır. Acaba, “anayasal metinleri içtihat yoluyla/anayasal yorumla genişletme çabası ancak temel hakların güvencesini artırıcı olursa meşrudur, aksi halde meşru değildir” diyebilir miyiz?... Kanaatimizce, politik olarak tercihe şayan olsa da, hukuki argümantasyon tekniği açısından böyle bir ayırım yapmak yine de keyfidir. Bu paradokstan kurtulmanın belki makul bir yolu, temel haklardan yana yo-

rumu, bir biçimde, pozitif anayasadan ve –uluslararası sözleşmeler dahil olmak üzere- anayasanın yaptığı referanslardan hareketle temellendirmeye çalışmak olabilir. Ama o zaman da, formel anayasaya eşdeğer bir kategori olarak bir “anayasallık bloku” icat etmeye gerek kalmaz. Başka bir ifadeyle, söz konusu koruma ihtiyacı kendi başına böyle bir icadı haklı göstermez. Fransa örneğinde, Anayasa Konseyi’nin içtihadının her zaman bu kapsamda mütalaa edilmesi kolay olmasa gerektir.

### b) Anlamın Belirsizleşmesi:

Anayasa kavramıyla ilgili ikinci –ve tebliğ sahibinin dile getirdiği- “tehditkar” gelişme, anayasanın metninin belirlenebilir-objektif bir anlamı olmadığını ileri süren görüşten kaynaklanmaktadır. Buna göre, bir metin olarak ‘anayasa’nın kendi başına objektif bir anlamı yoktur. Anlam, muhataba göre, onun çevre şartlarına ve müktesebatına göre değişir. Yargıç ne olduğunu söylemedikçe anayasanın anlamı yoktur. Bu anlayışa şüpheyle bakan yazara biz de katılıyoruz. Çünkü, bu yorum kabul edilirse, belirsizleşen anayasal iktidar ilişkileri çerçevesinde yargıçlar gerçek egemenler haline gelebilirler ki bunun demokratik olmadığı açıktır. Roussillon’un işaret ettiği gibi, bu yaklaşım siyasi iktidarın son sözü söyleme hakkını yeterince önemsememektedir.

İkincisi, bu aşırı rölativist görüş, yazılı anayasa yapmanın telosuyla da bağdaşmamaktadır. Çünkü, anayasalar bir bakıma iktidar ilişkileri alanında belirsizliği ortadan kaldırmak ve siyasi iktidarı çerçevelemek için yapılırlar. Oysa, anayasanın kendi başına objektif bir anlamı bulunmadığını ileri sürmek, amacı bu olmasa da, pratikte iktidara keyfilik yolunda peşinen ruhsat vermek anlamına gelir. Gerçekten de bunda, anayasa yargıcını, başkalarının bilmediği gizli anlamları keşfeden kabile büyücüsünün konumuna yerleştirme tehlikesi saklıdır. Bu, yargıcın meşruluğunu sarsıcı olduğu kadar, hukuk devletinin kişiler için güven ve istikrar sağlayıcı yanını da aşındıran bir anlayıştır.

Bu hüküm, anayasaların yargısal yorum yoluyla sürekli olarak yeniden yaratıldığı gerçeğini görmezden gelmek demek değildir. Anayasal yorum anayasanın kısmen yeniden-inşasında önemli olmakla beraber, bu, anayasa yargıcının olmayan bir şeyi yaratması ve iktidar ilişkilerini tümüyle ye-

niden kurmasıyla aynı şey değildir. Tebliğ sahibinin ifadesiyle, anayasal yorumda yargıcın takdir yetkisi anayasayı yeniden yazmaya kadar ileri götürülemez. Yargıcın "hukukun ne olduğunu söylemesi" demek onun hukuku yaratması değil, hukukun somut durumda ve somut ilişkiler bakımından ne anlama geldiğine otoriteli olarak sadece yargıcın karar verebilmesi demektir.

Sonuç olarak, anayasanın objektif bir anlamdan tümüyle yoksun olduğunu söylemek, sayın Profesörün de haklı olarak işaret ettiği gibi, sadece demokrasi bakımından değil, aynı zamanda hukuk devleti açısından da tehlikelidir.(1) Demokrasi açısından: Hukuku yaratma yetkisi yurttaşlara ve onların temsilcilerine aittir, (2)Hukuk devleti açısından: Hukuku öngörebilme (hukuki güvenlik) ilkesine aykırıdır. Bunun yaratacağı belirsizliğin yasama organının keyfilikinden daha az zararlı olduğu söylenemez.

## 2. Katı Anayasa ve Değiştirilemez Hükümler

Profesör Roussillon Fransa'da anayasanın gitgide daha az katı hale geldiğini tespit ederek bunu hem yazılı anayasaya hem de Anayasa Konseyi'ne yönelik bir tehdit olarak nitelendirmektedir.

### a) Katı Anayasa

Anayasa teorisinin "katı anayasa" üstündeki vurgusu hem mantıken tutarlıdır, hem de pratik sonuçları bakımından ciddiye alınmayı hak eden bir vurgudur. Mantıki bakımdan tutarlıdır: Çünkü, yazılı anayasa siyasi iktidarı (devleti) nispeten sabit bir üstün hukukla bağlamak amacıyla yapılır. Bu nedenle, faaliyetlerinin meşruluğu bu referans çerçevesine bağlı olan iktidarın bu çerçeveyi (anayasayı) değiştirememesi gerekir. Pratik açılarından baktığımızda da, demokratik çoğunlukların dizginsiz hükmetme hırsına kapılmalarına, bunun yaratması muhtemel felaketli sonuçlara set çekmek gerekir. Bu nedenlerle, hükümet etmek için yeterli olan çoğunluk anayasayı değiştirmek için yeterli olmamalıdır.

Buna karşılık, anayasanın barışçı-demokratik yollardan değiştirilememesinin de son derece ciddi sakıncaları bulunmaktadır. Böyle bir durumun barışçı olmayan yolları denemek isteyenler için bir nevi teşvik olacağı gerçeğini bir yana bıraksak bile, başlıca iki sakıncadan söz edilebilir. Birinci-

si, anayasanın toplumsal değişme ve gelişmenin gerisinde kalması durumudur. Bu ise devlet-toplum gerilimine yol açmak suretiyle ya “aşağıdan” gelen bir kalkışmayı, ya devletin otoriterleşmesini ya da her ikisini birlikte teşvik edebilir.

Bu pratik mülahazaya ek olarak, en az bunun kadar önemli olan ahlaki bir sorun da vardır: Hiç bir kuşak daha sonraki kuşakların kaderini sonsuza dek belirleme hakkına sahip değildir. Gelecek kuşakların değerlerinin bizimkilerle aynı olacağını ne öngörebiliriz, ne de böyle olmasını istemeye ahlaken hakkımız vardır.

İşte katı anayasa, kanaatimizce, bu iki ihtiyaca verilmiş en makul cevaptır: Ne hiç değiştirilemeyen anayasa, ne de işlevini yitirecek derecede başkalaştırılabilen anayasa.

Başka bir sorun da “katı anayasa” sisteminde anayasa yargısının rolünün ne olması gerektiğiyle ilgilidir. Anayasa yargıcı, toplumsal bir ihtiyaç haline gelen anayasa değişikliklerini yapmayı ihmal eden “tali kurucu iktidar”ı ikame etmeğe çalışmalı mıdır?... Doğrusunu söylemek gerekirse, demokratik teori açısından, anayasa yargıçlarının kendilerini kısmi anayasa koyucu yerine koymaya hakları olduğu söylenemez. Ancak, Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin yaptığı gibi, anayasanın içerdiği normları mantiki sonuçlarına götürmek ve anayasal ilkelerden kimi yeni hukuk normları türetmek suretiyle anayasal düzeni yenilemek ve zamana uydurmak anayasa yargısı organlarının kaçınamayacakları bir iştir. Buna “içtihat yoluyla anayasa değişikliği” denebilir.

### **b) Değiştirilemez Hükümler**

Ne var ki, kimi çağdaş anayasaların içerdiği “değiştirilemez hükümler” –Roussillon’un ifadesiyle, “sert anayasal çekirdek”- konusu bundan farklı olarak ele alınmak zorundadır. Yazılı anayasaların bu türden hükümler içermesi çok da ender durumlardan değildir. 1947 İtalyan (m. 139: cumhuriyet şekli), 1949 Alman (m. 79/3: temel haklar, demokratik sosyal federal devlet, anayasanın bağlayıcılığı, direnme hakkı), 1958 Fransız (m. 89/son: hükümet biçiminin cumhuriyet olduğu), 1982 Türk anayasaları. 1976 Portekiz Anayasası ise (m. 288) bu konuda bir hayli uzun bir liste vermektedir ki bunlar neredeyse anayasanın düzenin bütününün ilkeler halinde

özetlenmiş bir şeklidir. Ayrıca 1946 tarihli Japonya Anayasası'nın 97. maddesi, bunlardan teknik bakımdan farklı olarak, "en üstün hukuk" başlığı altında, anayasanın tanıdığı temel insan haklarının gelecek kuşaklar içinde geçerli olduğunu ve hiçbir zaman ihlal edilemeyeceklerini belirtmektedir.

Anayasaya "değiştirilemez hükümler" koymak da gelecek kuşakların tercihlerini kısıtlamak anlamına gelir. Bu hükümlerin anayasa koyucunun ideolojik tercihlerini yansıtması durumu özellikle böyledir. Buna karşılık, ideolojik içerikli pozitif bir toplum projesini değil de, demokratik hukuk devletinin kurumsal (örn., temsili bir meclisin/parlamentonun, bağımsız mahkemelerin; insan haklarının muhafazasıyla ilgili) ve operasyonel yapısını (örn., genel, eşit, doğrudan ve gizli oya dayalı özgür seçimler) korumaya dönük usuli güvenceler için böyle bir sakınca söz konusu olmayabilir. Bu açıdan bakıldığında, Avrupa'da değiştirilemez hükümler içeren anayasalar içerisinde en isabetsiz tercihlerde bulunanların 1976 Portekiz ve 1982 Türkiye Anayasaları oldukları söylenebilir.

### 3. Anayasa Değişikliğinin Anayasaya Uygunluğu Sorunu

Tebliğ sahibi, anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluğunun denetlenmesinin "kavramlarda bir çelişki" olduğunu belirtmektedir. Ben de aynı kanaatteyim. Anayasa yargısı organları usulüne göre yapılmış bir anayasa değişikliğini içeriği açısından denetleyemezler. Böyle bir denetim gerçekten de kavramsal bir çelişkidir; çünkü, anayasa değişikliği yapmanın amacı zaten yürürlükteki anayasayı kısmen başkalaştırmaktır; kısmen de olsa başkalaşan anayasa elbette orijinal anayasaya aykırı olacaktır. Başka bir anlatımla, anayasayı değişikliğe uğratmak demek anayasaya aykırı olanı veya henüz anayasal olmayanı anayasal hale getirmektir. Kaldı ki, anayasa değişikliğinin anayasaya uygunluk açısından denetlenmesine izin verilmesi halinde, anayasanın değiştirilmesi ya hiç mümkün olmaz ya da anlamsız/saçma değişiklikler yapılır. Öte yandan, bunun pratik bir sonucu da, denetim yapacak organı anayasa koyucu haline getirmek olur.

### 4. Anayasa Yargıcının Ulusal ve Uluslararası/Uluslarüstü Rakipleri

Profesör Roussillon tebliğinde Fransız Anayasa Konseyi'nin başka ulusal ve uluslararası veya uluslarüstü mahkemelerin rekabeti ile karşı karşıya



olduğuna dikkat çekmektedir. Ulusal alanda özellikle Danıştay'ın rekabeti önemlidir. Çünkü, Fransız Danıştay'ı zaman zaman fiilen anayasaya uygunluk denetimi yapmak suretiyle "Anayasa Konseyi'nin marjinalleşmesi"ne yol açmaktadır. Fransız Anayasa Konseyi için söz konusu olan bu "tehdit"in bir benzeri ile Türkiye'de de karşılaşmaktayız. Nitekim, Türk Danıştay'ı da –çok daha az olmak üzere Yargıtay da- zaman zaman Anayasa Mahkememizin anayasal yorum tekeline rekabet eden kararlar vermektedir. Bu durum, hem Fransız Anayasa Konseyi'nin hem de Türk Anayasa Mahkemesi'nin kendi yorumlayıcı otoritelerini tartışılmaz biçimde tesis etmek üzere yeni stratejiler geliştirmelerini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Konseyi'nin iki de önemli uluslarüstü rakibi var: Avrupa Adalet Divanı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi. Avrupa Adalet Divanı'nın rekabeti yeni Avrupa Temel Haklar Yasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra daha da artacaktır. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın rekabeti ise zaten fazlasıyla hissedilmektedir. Bu durum Türk Anayasa Mahkemesi bakımından da varittir. Profesör Roussillon Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yeni (1999 tarihli) bir kararına işaret etmektedir ki bu karar Anayasa Konseyi'nin anayasaya uygun bulduğu bir yasaı Avrupa Sözleşmesine aykırı olduğunu tespit etmiş olması nedeniyle özel bir önem taşımaktadır. Konsey gerçekten de saygınlığını aşındırabilecek bu türden kararlar karşısında, hukuki/yargısal "cohabitation"un bir yolunu bulmaya mahkum gibi görünüyor. Türk Anayasa Mahkemesi'nin bu meseledeki durumu ise daha da zor. Doğrusu, 1982 Anayasası'na göre hüküm vermek durumunda olan yüksek mahkememizin daha şimdiden özellikle siyasi partilerin kapatılması kararları dolayısıyla zora girmiş olan konumunu tamir ve tahkim etmesi fevkalade zor görünüyor.

### KISA LİTERATÜR

Arslan, Z., "Conflicting Paradigms: The Politics of the Turkish Constitutional Court Revisited" (forthcoming).

Erdoğan, M., Anayasal Demokrasi (Ankara: Siyasal Yayınevi, 3. b., 1999).

Eroğul, C., Çağdaş Devlet Düzenleri (Ankara: İmaj Yayıncılık, 1997)

Meny, Y & Knapp, A., Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany \_\_\_\_ (Oxford: Oxford University Press, 1998).

Stevens, A., The Government and Politics of France, (London: Macmillan, 1992).

Wellington, H. H., Interpreting the Constitution: The Supreme Court and the Process of Adjudication (New Haven & London: Yale University Press, 1990).

## Oturum Başkanı

---

Sayın Prof. Dr. Mustafa Erdoğan'a da teşekkür ediyorum "Anayasa Yargısı" başlıklı son oturumumuz burada sona ermiştir.

Sorularınızı yazılı olarak istiyordum, sözlü konuşma hakkı vermeyeceğim. Yazılı sorusu olan acele kürsüye getirsin, onları zaman elverdiği nispette cevaplamaya çalışacağız.

## Av. Eralp Özgen

---

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sayın tartışmacıya, Sayın Başkana ve sayın tebliği sahibine çok teşekkür ediyoruz. Sizlere de çok teşekkür ediyorum; bu geç saate kadar burada kalıp takip ettiniz. Bugün günümüz biraz uzadı. Konuşmacıların sözlerini kesmemek amacıyla bu oldu. Sizlere de çok teşekkür ediyorum.

**BEŞİNCİ GÜN**

**BİLDİRİ**

**"EKONOMİK DÜZEN VE ANAYASA"**



**Oturum Başkanı**

**Av. İsmet Cantürk (Rekabet Kurulu Üyesi)**

**Sunuş**

**Prof. Dr. Turgut Tan (Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)**

**Tartışmacı**

**Prof. Dr. Vural Fuat Savaş (Yeditepe Üniversitesi İktisat Fakültesi)**

## **Prof. Dr. Turgut Tan**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

Anayasa Hukuku Kurultayının 5 inci gününün ilk toplantısı olan “Ekonomik Düzen ve Anayasa” başlıklı bölümü yönetmek üzere, Rekabet Kurulu Yönetim Kurulu Üyesi, değerli avukat İsmet Cantürk’ü kürsüye davet ediyorum.

Buyurun Sayın Cantürk.

## **Av. İsmet Cantürk**

Rekabet Kurulu Üyesi

Değerli konuklar; Türkiye Barolar Birliğinin düzenlediği Anayasa Hukuku Kurultayının beşinci ve son gününün ilk Oturumuna hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Bugünkü konumuz, “Ekonomik Düzen ve Anayasa.” Konuşmacılarımız; Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Turgut Tan ve tartışmacımız da Yeditepe Üniversitesi öğretim üyelerinden Sayın Prof. Dr. Vural Fuat Savaş.

Konuşmacı ve tartışmacı sayın hocalarımızı buraya davet ediyorum.

Değerli konuklar; birkaç cümleyle bir giriş yapmak istiyorum. Hiç kuşku lanmayın; bir korsan tebliğ sunma niyetinde değilim.

Ülkemizde çağdaş, demokratik yapılanmanın ve ekonomik düzene ilişkin kuralların temeli, bilindiği gibi Atatürk devrimleriyle atılmıştır. Bu yapılanma içinde yer alan ekonomik düzenimizi 77 yıllık süreç içinde çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırma çabaları içinde olduk. Bu süre içindeki geliş-

melere karşın, ekonomik ve toplumsal sistemimize ilkeli bir işlerlik ve tutarlılık maalesef kazandıramadık. Özellikle ekonomik alanda gerçekleştir-  
memiz gereken çağdaş kurumsallaşmaların yerini, çoğu zaman çatışmacı-  
lığı öne çıkararak bireysel yaklaşımlara ve sloganlara bıraktık. Ekonomik  
yapımızı bu 77 yıllık süreç içinde kurumsallaştıramamamızın, ilkelerinin  
ve kurallarının belirlenememesinin sonuçları, kuşkusuz sosyal ve siyasal  
yapımızı da olumsuz yönde etkileyegeldi. Çünkü disiplinden, ilke ve kural-  
lardan ve yaptırımlardan yoksun bir ekonomik düzen, her türlü olumsuz-  
luğu ve yozlaşmayı beraberinde getirir.

Ekonomik yapımızın çerçevesini oluşturan Anayasal düzenlemelerin, ku-  
rumsallaşmayı ve kalıcı ilkeleri öngörmesi gerektiği kanısındayım. 1982  
Anayasasının ekonomik haklar ve ekonomik hükümlerle ilgili bölümlerin-  
deki yetersizliklere karşın gerekli kurumsallaşmaları zaman yitirmeden  
gerçekleştirebilseydik, kuşkusuz bugün yaşadığımız sıkıntılar söz konusu  
olmayacaktı. 82 Anayasası, özellikle ekonomik alandaki kurumsallaşma-  
ları örneğin 167. Maddesiyle öngördüğü halde, bu maddenin öngördüğü  
kurumların bir kısmını dahi henüz gerçekleştiremedik, gerçekleştirebil-  
diklerimizi ve uygulamaya sokabildiklerimizi de ancak 15 yıl sonra ku-  
rumsallaştırabildik.

Bugünkü Oturumda, ekonomik düzenimiz; sosyal, kültürel ve politik çer-  
çevesi ve idari yapı içindeki özellikleriyle birlikte değerlendirilecektir.

Konuşmacılarımızın özgeçmişlerini sunmaya gerek duymuyorum. Sayın  
Hocamız Prof. Dr. Turgut Tan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakül-  
tesi öğretim üyelerinden. Sayın Prof. Dr. Vural Fuat Savaş, eski Anayasa  
Mahkemesi üyelerimizden ve Yeditepe Üniversitesi öğretim üyelerinden.

İlk sözü, konuşmacı olarak Sayın Prof. Dr. Turgut Tan'a veriyorum. Zama-  
nımız sınırlı olduğu için, belki soru-cevap bölümünde bir sıkıntı yaşayabi-  
liriz. O nedenle konuşmalarımızın da uzamamasına özen göstereceğiz.

Buyurun Sayın Hocam.

**Prof. Dr. Turgut Tan**

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

## EKONOMİK DÜZEN VE ANAYASA

### *Giriş*

Ekonominin örgütlenmesi ve işleyişi hukuk kurallarına bağlı olduğundan, hukuk sisteminin temeli olan anayasa, zorunlu olarak ekonomik düzenin de temelini ve hukuki altyapısını oluşturmaktadır (1). Hukuk, ekonomik alandaki kamusal düzenlemeler için bir <araç> işlevi görmesi yanında; aynı zamanda ekonomik alandaki faaliyetlerin içinde cereyan edeceği bir <çerçeve> de oluşturmaktadır. Ekonominin kendi yasalarının varlığına ve bunların işleyişini, salt hukuki düzenlemelerle, durdurmanın veya tersine çevirmenin olanaksızlığına karşın, serbest piyasa ekonomisi için de bir hukuki altyapının oluşturulması zorunluluğu kabul edilmektedir.

Nitekim, ekonomi-hukuk ilişkileri çeşitli ülkelerde, “ekonomi hukuku”, “ekonomik hukuk” ve “ekonomik kamu hukuku” gibi değişik kavramlar (2) kullanılarak bağımsız inceleme konusu yapılmaktadır. Konu Türkiye’de ilk kez 25 yıl önce, gene Türkiye Barolar Birliği tarafından düzenlenen “Ekonomi-Hukuk Kongresi”nde her yönü ile ayrıntılı olarak tartışılmıştır (3).

Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası yapılan anayasaların ekonomik düzene ilişkin bazı temel kurallara da yer verdikleri, ekonomik yaşamın içinde cereyan edeceği bir çerçeve oluşturdukları görülmektedir. Kimi ülkelerin anayasalarında (örneğin 1976 Portekiz Anayasası) ekonomik düzene ilişkin kurallara çok ayrıntılı yer verdikleri dikkat çekmektedir. Bu gelişmeler karşısında “Devletin Ekonomik Anayasası” veya “Ekonomik Anaya-

(1) P. Delvolvé, Droit public de l'économie, Dalloz, Paris, 1999, s.67.

(2) Bu kavramlar konusunda bkz. T.Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, TODAİE yayını, Ankara, 1984, s.7vd.

(3) Ekonomi-Hukuk Kongresine Sunulan Tebliğler, T.B.B. yayını, Ankara, 1975

sa” kavramları kullanılmaya başlanmıştır (4). Ancak, bu kavramlara yüklenen anlam konusunda farklılıklar bulunduğunu da belirtmek gerekir (5). Türkiye’de de 1961 Anayasası’nın “*ekonomik düzen öngörmesi*” nin, dönemin en önemli özelliği olduğunu söyleyenler vardır (6). 1982 Anayasası da ekonomik düzene ilişkin pek çok hüküm içermektedir.

1982 Anayasası’nın yürürlüğe girmesinden hemen sonra anayasa değişikliği ve yeni anayasa girişimleri başlamış, bunun sonucunda çeşitli meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları tarafından yeni anayasa önerileri hazırlanmıştır. Ancak, bu öneriler incelendiğinde ekonomik alana ilişkin yürürlükteki Anayasa’nın hükümlerinin büyük ölçüde korunduğu dikkat çekmektedir (7). Ancak, A.B.D.’nde J.Buchanan’ın öncülük ettiği “anayasal iktisat” yaklaşımını benimsemiş akademik çevreler, bu görüş doğrultusunda, ekonomik düzenle ilgili bazı yeni hükümlere anayasada yer verilmesini savunmaktadır (8). Bu görüşlere ileride yeri geldikçe değineceğiz.

- 
- (4) B.Chénot, Organisation économique de l’Etat, Dalloz, Paris, 1965, s.93; S.Cassese, La nuova costituzione economica, Laterza, Roma-Bari, 2000, s.3vd. Türkiye için bkz. C.C.Aktan, Ekonomik Anayasa, TISK inceleme yayınları, No:19, (1996?); V.F.Savaş, “Yeni Anayasa için ekonomik anayasa önerileri”, Anayasa Yargısı, No:11, 1995, s.215 vd.
- (5) C.Aktan’a göre, “Ekonomik Anayasa, siyasal iktidarların ekonomi üzerindeki takdiri ve keyfi müdahalelerini azaltmayı amaçlayan, dolayısıyla ekonominin istikrar içinde işlemesine yönelik bir reformdur”. Aktan, Ekonomik Anayasa, TISK yayını, s.51. Kavramın üç anlamda kullanıldığını belirten İtalyan hukukçu Cassese’ye göre kavrama verilen ilk anlam anayasanın şekli anlamda ekonomik ilişkileri düzenleyen kuralların bütünüdür. Ancak, bu kurallar anayasada yer alanlarla sınırlı olmayıp, özelleştirme ve rekabetin korunmasına ilişkin yasalarda yer alan kurallara da anayasal düzeyde önemli normlardır. Kavramın ikinci anlamı ilgili tüm hukuki kurumları da kapsamaktadır. Nihayet üçüncü anlamında kavram “yaşayan hukuk”u anlatmaktadır. Cassese, La nuova costituzione economica, 2000, s.3 vd.
- (6) Ü.Tekiinalp, “Cumhuriyet döneminin ekonomi hukuku açısından değerlendirilmesi”, in Cumhuriyet Döneminde Hukuk, 50. Yıl Armağanı, İstanbul, 1973, s.662.
- (7) Örneğin, T.C. Anayasası Önerisi, Anayasa 2000, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği.
- (8) V.F.Savaş, “Yeni anayasa için ekonomik anayasa önerileri”, Anayasa Yargısı, sayı:11, 1995, s.215 vd.; C.C.Aktan, Ekonomik Anayasa, TISK inceleme yayınları, No:19.

## 1982 Anayasası ve ekonomik düzen

Anayasa Türkiye Cumhuriyeti'nin "sosyal bir hukuk devleti" (9) olduğunu belirttikten sonra, ekonomik düzen açısından iki önemli hak ve özgürlüğü düzenlemektedir: "mülkiyet hakkı" ile "çalışma ve sözleşme özgürlüğü". Anayasa'ya (m.35) göre, "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir". Anayasa bu hakların "ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla" sınırlanabileceğini ve mülkiyet hakkının kullanılmasının "toplum yararına aykırı" olamayacağını da öngörmektedir (10). Öte yandan, Anayasa (m.46) devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karışlıklarını peşin ödemek koşuluyla özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını yasa ile gösterilen esas ve usullere göre kamulaştırabileceğini de öngörmektedir.

Anayasa'ya (m.48) göre, "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

"Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

- (9) Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, emek ve dermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı, kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir". 18.2.1985 tarih ve E.1984/9-K.1985/4 sayılı karar. RG;26.6.1985, sayı:18793, s.23vd.
- (10) Anayasa Mahkemesi 2981 sayılı Yasa'nın 10/b maddesi ile ilgili olarak, "üzerinde imar mevzuatına aykırı olarak toplu bina yapılmış hisseli ve özel parselasyona dayalı arsa ve arazilerde hak sahipleri saptanırken kişilerin paylarının yanısıra fiili kullanma durumlarının da dikkate alınmasının kimi pay sahiplerinin mülkiyet haklarının sınırlanması sonucunu doğurabileceği açıktır. Ancak, işin niteliğinden kaynaklanan bu sınırlamanın, uyumsuzlukları çözümlenmek ve kaçak yapılaşmayı hukuka uygun hale getirmek gibi kamu yararı amacına dayanması karşısında Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır" demektedir. 11.5.1999 tarihli karar. RG;10.3.2000, sayı:23989, s.40 vd.



Anayasa bu düzenlemesi ile bir yandan özel girişim özgürlüğüne milli ekonomi gerekleri ve sosyal amaçlarla sınırlama getirilebileceğini öngörürken; öte yandan da Devlete özel teşebbüslerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarını sağlayacak tedbirleri alma ödevini yüklemektedir (11).

Gene Anayasa'ya (m.47) göre, *kamu hizmeti niteliği taşıyan* özel teşebbüsler, *kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde* devletleştirilebilir. Ancak, devletleştirme *gerçek karşılık üzerinden* yapılır; gerçek karşılığın hesaplanma biçim ve usullerinin de yasa ile düzenlenmesi gerekir (12). Anayasa

- (11) Bu konuda geniş bilgi için bkz. T.Tan, Ekonomik Kamu Hukuku, 1984, s. 132 vd. Anayasa Mahkemesi 4207 sayılı yasa'nın tütün ve tütün mamullerinin reklam ve tanıtımını yasaklayan hükmü ile ilgili kararında, bu sınırlamanın saigaranın insan sağlığı, çevre ve ekonomi üzerindeki olumsuz etkileri gözetilerek getirildiğini belirttikten sonra, "Anayasa'nın 48. maddesinde özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun olarak çalışmasını sağlayacak önlemleri almak devlete görev olarak verilmiş, 13. maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin, genel sağlığın korunması amacıyla da sınırlanabileceği öngörülmüştür" diyerek sınırlamanın "demokratik toplum düzeninin gereklerine ters düşmediği gibi öngörüldüğü amaç dışında da kullanılmadığından" Anayasa'nın 2.,13. ve 48inci maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. 13.4.1999 tarih ve E.1998/24-K.1999/9 sayılı karar. RG;20.4.2000, sayı:24026, s.15 vd. Anayasa Mahkemesi, 4108 sayılı Yasa'nın turizm bölgelerinde talih oyunları salonları işleten, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, ödeyecekleri asgari vergi miktarları ile ödeme usulleri ve zamanını belirleyen kuralının Anayasa'nın 48 inci maddesine aykırı olmadığı sonucuna varırken de, Devletin özel teşebbüslerin ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun çalışmasını sağlayacak ekonomik ve sosyal politikaları uygulamakla görevli olduğunu belirttikten sonra, "Vergi, Devletin kamusal gereksinimleri karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağıdır. Devletin egemenliğini sürdürebilmesi ve Anayasa'nın 48. maddesinde belirtilen hedeflere ulaşılabilmesi için düzenli mali kaynaklara ihtiyacı vardır. Devletin kendisine yüklenen görevleri ve istenilen kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi için bu hizmetlere karşılık olan kaynakları vergi koyma ve alma yetkisini kullanarak sağlaması gerekmektedir. Bu yönden vergi koyma yetkisinin kullanılması, siyasal ve ekonomik bir zorunluluktur. Yasakoyucu, Devletin bu amacı gerçekleştirmesi yönünde milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun olarak anayasal sınırlar içinde kimi düzenlemeler getirebileceği gibi bunları değiştirmeye ve kaldırmaya da yetkilidir". 14.5.197 tarih ve E.1996/75-K.1997/50 sayılı karar. RG;21.2.2000, sayı:23971, s.63 vd.
- (12) 1984 yılında 3082 sayılı "Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun" çıkarılmıştır. RG;20.11.1984, sayı:18592.

sa'nın devletleştirmeyi düzenleyen 47 nci maddesinde 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle madde başlığı "Devletleştirme ve Özelleştirme" olarak değiştirilmiş, maddeye "Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir" hükmü eklenmiştir.

Mülkiyet hakkı ve özel girişim özgürlüğü ile ilgili bu temel hükümler yanında Anayasa, ayrı bir kısımda topladığı "Mali ve Ekonomik Hükümler" arasında ekonomik düzene ilişkin bazı hükümlere de yer vermektedir. Bu kısımda "Ekonomik Hükümler" başlığı altında "Planlama" (m.166) ve "Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi" (m.167) başlıklarını taşıyan hükümler, ekonomik alanda kamuya tanınan düzenleyici ve denetleyici işlevlerin temellerini oluşturması açısından özel bir önem taşımaktadır.

Anayasa (m.166) *ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının verimli şekilde kullanılmasını planlamayı ve bu amaçla gerekli teşkilatı kurmayı Devlete görev olarak vermektedir.*

Anayasa'nın 167 nci maddesi ise, *Devletin para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayacak tedbirlerle; piyasalarda tekelleşme ve kartelleşmeyi önleyecek tedbirleri alacağını öngörmekte; ayrıca, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına düzenlenmesi amacıyla dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri mali yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koyma konusunda Bakanlar Kurulunu yasa ile yetkilendirme olanağı tanımaktadır (13).*

Öte yandan, Anayasa, "ekonomik hükümler" başlığı altında "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi"(m.168), "Tüketicilerin korunması" (m.172), "Esnaf ve sanatkarların korunması" (m.173) ile "Kooperatifçiliğin geliştirilmesi" (m.171) konularında da düzenlemeler içermektedir.

(13) Bu amaçla 1984 yılında 2976 sayılı "Dış Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun" çıkarılmıştır.

### *Anayasa'nın ekonomik sistem tercihi var mıdır?*

Anayasa'nın ekonomik düzen konusunda yukarıda değindiğimiz hükümlerinin belirli bir sistem tercihini yansıtır yansıtmadığı sorgulanmıştır. Anayasa mahkemesi çeşitli kararlarında “çok partili demokratik rejimi benimseyen Anayasamızda, Anayasa ilkelerine ters düşmemek koşuluyla iktidarların ekonomi alanında müdahaleci ve liberal politika izlemelerine bir engel” bulunmadığını (14). Anayasa'nın “liberal bir iktisadi politika takibine elverişli olduğu kadar karma bir iktisadi politika takibine de müsait” olduğunu (15) belirtmektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi, 1999 yılında Anayasa'nın 47 nci maddesinde değişiklik yapılarak “özelleştirme” konusunda hüküm getirilmeden önceki dönemde verdiği kararlarında, Anayasa'nın “kamulaştırma” (m.46) ve “devletleştirme”yi(m.47) düzenlemiş olmasına karşın “özelleştirme konusunun özel olarak düzenlenmemiş olması(nın) yasaklandığı anlamına” gelmediğine, yasa koyucunun Anayasa'nın genel ilkelerine aykırı olmamak koşuluyla özelleştirmeyi düzenleme yetkisi olduğuna karar vermiştir (16).

Anayasa'nın ilgili hükümlerini birlikte değerlendiren Anayasa Mahkemesi'ne göre, Anayasa'nın “kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak” görevini Devlete veren (m.5); “özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri” almakla görevlendiren (m.48); “ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak” (m.166) ve nihayet Devletin “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı tedbirleri” alacağını öngören hükümleri, “Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzen-

(14) Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1985 tarih ve E.1984/9-K.1985/4 sayılı kararı. RG;26.6.1985, sayı:18793, s.23.

(15) Anayasa Mahkemesi'nin 27.9.1985 tarih ve E.1985/2-K.1985/16 sayılı karar. RG;5.12.1985, sayı:18949, s.32.

(16) Anayasa Mahkemesi'nin 7.7.1994 tarih ve E.1994/49-K.1994/45-2 sayılı kararı. RG;10.9.1994, sayı:22047, s.37 vd.

lemek, gerektiğinde bu alana müdahale konusunda görevli kılındığını ortaya koymaktadır” (17).

Görüldüğü gibi, anayasal düzenlemelere yüklenen anlam Anayasa Mahkemesi kararları ile somutlaşmakta ve Yüksek Mahkeme'nin de bu konuda esnek bir yaklaşım benimsediği gözlenmektedir. Bununla beraber, örneğin özelleştirme konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yasa ile düzenlenmesi gereken konuları belirlerken, Anayasa'nın yasama yetkisinin devredilemeyeceği kuralını (m.7) çok dar yorumladığı yönünde eleştiriler de yapılmıştır (18).

### ***Ekonomik yaşamın gereklerinin Anayasa'ya dolaylı yansımaları***

Anayasa'nın yukarıda değindiğimiz ve doğrudan ekonomik alana ilişkin düzenlemeleri yanında, başka bazı hükümlerinin de ekonomik yaşamla ilişkili olduğu görülmektedir. Bu açıdan iki önemli konuya dikkat çekmekle yetineceğiz. Bunlardan biri yasama-yürütme ilişkilerinin düzenleniş biçimi; ikincisi de, esas itibarıyla bir ekonomik entegrasyon olan Avrupa Birliği'ne tam üyeliğin gereklerinin yerine getirilmesine mevcut anayasal düzenlemelerin ne ölçüde elverişli olduğudur.

### **Güçlenen yürütme ve genişleyen düzenleme yetkisi**

Bilindiği gibi, Anayasa'ya (m.8) göre, “yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanını ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir”. Gene Anayasa'ya (m.7) göre “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez”. Anayasamız özellikle temel hak ve özgürlükler, mali yükümlülük, suç ve cezalar konusunda yasa ile düzenleme ilkesini benimse-

(17) Anayasa Mahkemesi'nin 4.3.1986 tarih ve E.1985/16-K.1986/5 sayılı kararı. RG;9.5.1986, sayı:19102, s.14.

(18) V.Savaş'a göre, “Özelleştirme bir piyasa işlemidir. Bu işlemin hangi koşullarla ve hangi sürede sonuçlandırılacağını önceden kestirmek mümkün değildir. Dolayısıyla bu konuda her ayrıntıyasayla düzenlemek tümüyle geçersiz bir yöntemdir. İlgili kurullara bu konuda geniş bir hareket ve karar serbestisi tanımak, işin niteliği gereğidir. Bu şekilde düzenlenen bir genel yasanın <yasama yetkisinin devri>ne neden olacağı tezi geçersizdir”. V.Savaş, “Anayasa Mahkemesi ve Özelleştirme”, Anayasa Yargısı, sayı:15, 1998, s.88.

miştir. Oysa ekonomi, yürütmenin güçlendiğinin en çarpıcı biçimde görüldüğü alan olup, düzenleme yetkisi de buna koşut olarak genişlemektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesine göre de, “*çağımızda Devlet, ekonomik alana günden güne artan ölçülerde müdahale zorluğunda kalmaktadır. Kimi devlet görevlerinin yürütülmesinde özellikle ekonomik nitelik taşıyan işlerde esnek düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır*” (19). Anayasa Mahkemesi dış ticaretin düzenlenmesi konusunda Bakanlar Kuruluna tanınan yetkiler konusunda da, “*Gerçekten her ülkede, önceden, gelecekteki gelişmeleri anlayıp buna göre bir takım çerçeveler çizmenin mümkün olamaması, ithalat ve ihracatın her an değişebilen şartlara tabi bulunması, hükümetlere bir takım geniş ve esnekliği olan yetkiler verilmesini zorunlu kılmıştır*” demektedir (20).

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'ndan farklı olarak, yürütmeyi yalnız “görev” değil aynı zamanda “yetki” olarak da düzenlemiş olmasına karşın, yürütmenin düzenleme yetkisinin “türevsel” niteliğinin, bazı istisnalar dışında, devam ettiği kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, 1918 sayılı Kaçakçılığın Men ve Takibine Dair Kanun'un (ek 2 nci maddesinin III numaralı fıkrasının birinci bendi) “Gümrük Kanununun 19 ve 20 nci maddelerine dayanılarak çıkarılan hükümet kararlarına aykırı olarak herhangi bir madde ve eşyayı memlekete ithal edenler veya memleketten çıkaranlar veya bu fiillere teşebbüs edenler bir seneden beş seneye kadar hapis ve yüz bin liradan on milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır” hükmünü Anayasa'nın 2., 7. ve 38 inci maddelerine aykırı bularak iptal ederken, “*Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayırık durumlar dışında yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yü-*

(19) Anayasa Mahkemesi'nin 18.2.1985 tarih ve E.1984/9-K.1985/4 sayılı karar. RG;26.6.1985, sayı:18793, s.26.

(20) Anayasa Mahkemesi'nin 11.1.1985 tarih ve E.1984/6-K.1985/1 sayılı karar. RG;17.6.1985, sayı:18787, s.7.

rütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

"...İtiraz konusu kuralla kimi malların ithali konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilerek idari düzenlemelerle suç oluşturulmasına olanak tanınması yetki devri niteliğinde olduğundan Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" demektedir (21).

Karara katılmayan bazı üyelere göre, "Kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle görevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk devleti kurallarından ayrılmamak ve temel hak özgürlükleri zedelememek koşuluyla ekonomik alanda düzenlemeler yapabilir. Ancak, ekonomik olayların niteliğine, zamanın gereklerine göre sık sık değişik önlemler alınmasına veya alınan önlemlerin kaldırılmasına ve yerine göre tekrar konulmasına gerek görülen durumlarda, yasama organının yapı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında önlemler alınmasının güçlüğü karşısında temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirmesi de yasama yetkisinin kullanılmasıdır. Bu gibi durumlar, yasama yetkisini devri anlamına gelmez" (22).

Bu kararın, yasama ve yürütmenin düzenleme alanlarının yeniden değerlendirilmesi gereğini ortaya çıkardığını belirtmekle yetiniyoruz.

### ***Avrupa Birliğine üyeliğin gerektirdiği düzenlemeler***

Türkiye A.B.'ye aday ülke konumunda olduğuna ve üyeliği hedeflediğine göre, üyeliğin gerektirdiği bazı anayasal düzenlemelerin de yapılması gerekecektir. Nitekim, bugün A.B. üyesi ülkelerin hemen tümü anayasalarında yeni düzenlemeler yapmak yoluna gitmişlerdir.

1982 Anayasası hazırlanırken Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan metinde <egemenlik> le ilgili maddeye "Milletlerarası

(21) Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.1996 tarih ve E.1995/28-K.1996/2 sayılı kararı. RG;22.7.2000, sayı:24117, s.11vd.

(22) F.Kantarcioglu'nun karşı oy yazısı için bkz. RG;22.7.2000, sayı:24117, s.20 vd.

yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği öngören andlaşmalar hükümleri saklıdır” şeklinde bir genel hüküm konulmak yoluna gidilmişse de kabul edilen son metinde bu hükme yer verilmemiştir. Avrupa Topluluğuna üyelik için Anayasa’da değişikliğe gerek olmadığını savunanlar da vardır. (23)

Bilindiği gibi, A.B. kurucu andlaşmalarının bazı hükümleri üye ülkelerin iç hukuklarında doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu gibi; A.B.. organlarının yaptıkları düzenlemeler de üye ülkelerde doğrudan uygulanabilir hukuki niteliğe sahiptir. İşte bu nedenle üye ülkeler anayasalarında yaptıkları değişikliklerle kimi alanlarda Topluluğa yetki devrine olanak verecek hükümler koymuşlardır (24).

Örneğin Fransa, 25.6.1992 tarih ve 92/554 sayılı Yasa ile 1958 Anayasası’na eklediği “Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği” başlığı (XIV) altında, “Cumhuriyetin Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliğine üye devletlerle birlikte, kimi yetkilerini ortaklaşa kullanacağını” (m.88/1); “Fransa 7.2.1992 tarihinde imzalanan Avrupa Birliği Andlaşmasında öngörülen koşullarla, Avrupa ekonomik ve parasal birliğinin kurulması ve Topluluğun dış sınırlarından girişle ilgili kuralların belirlenmesi için gerekli olan yetki devrine rıza göstereceğini” (m.88/2) hükme bağlamıştır.

Bu tür anayasal düzenleme gereksiniminin A.B.’ne tam üyelik aşamasında Türkiye açısından da ortaya çıkacağı gerçeğinin gözden uzak tutulması gerekmektedir.

### ***Anayasa’da ekonomik alana ilişkin düzenleme önerileri***

Anayasal iktisat kuramı yanlıları ekonomik alana ilişkin olarak para basma, borçlanma ve denk bütçe, konularında anayasaya konulacak düzenlemelerle siyasal iktidarların sınırlandırılması görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüş yanlıları aslında, uluslararası ekonomik ilişkiler, rekabet düzeni, sosyal güvenlik sistemi ve endüstriyel ilişkiler konularında da anayasal düzenlemelerin önem taşıdığını belirtmektedirler (25).

(23) S.Kaneti, “Avrupa Topluluğu hukukunun üstünlüğü karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, Anayasa Yargısı, 1990, s.139 vd.

(24) Üye ülkelerin anayasalarında yaptıkları değişikliklerle ilgili örnekler için bkz. H.Günuğur, Avrupa Topluluğu Hukuku, Ankara, 1993, s.81 vd.

(25) C.C.Aktan, Ekonomik Anayasa, s.81.

Para arzına ilişkin olarak, Anayasa'ya konulacak hüküm konusunda değişik öneriler vardır.

Örneğin bir öneriye göre, Anayasa'ya "Para basılmasına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, para basma yetkisini, T.C. Merkez Bankası A.Ş.'ne belli süreler için tanınacak para basma imtiyazı ile kullanır."

"Yıllık emisyon artış oranı açıklanan resmi milli gelir reel artış hızı gözönünde bulundurularak T.C. Merkez Bankası A.Ş. Başkanlığı'nca önerilecek teklif dikkate alınarak yasa ile belirlenir. (26)"

Bir başka öneriye göre de Anayasa'ya aşağıdaki hüküm konulmalıdır:

"Para basma hakkı ve yetkisi millet meclisi adına T.C. Merkez Bankası A.Ş. tarafından kullanılır. T.C. Merkez Bankası Yönetim Kurulu para basma yetkisini bu maddede belirtilen sınırlar içerisinde kullanır."

"Para arzındaki yıllık büyüme oranı % 5'ten fazla olamaz. Bu oranın üzerinde bir emisyon artışı % 10'u aşmamak kaydıyla TBMM'nin üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararıyla yapılabilir."

"Savaş ve olağanüstü halin söz konusu olduğu durumlarda yıllık emisyon artışı TBMM'nin salt çoğunluğunun kararına bağlıdır (27)."

Öte yandan, bütçe denkleğinin sağlanması ile iç ve dış borçlanmaya sınır getirilmesi amacıyla da Anayasa'ya özel hüküm konulması gerektiğini savunanlar vardır. Bu görüş yanlılarına göre Anayasa'ya aşağıdaki hükümler konulmalıdır:

"Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki bütün kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır."

"Yıllık bütçede yer alan harcamalar toplamı, gerçek devlet gelirlerinden fazla olamaz."

(26) V.Savaş, "Yeni Anayasa için ekonomik anayasa önerileri", Anayasa Yargısı, sayı:11, 1995, s.221.

(27) Aktan, Ekonomik Anayasa, s.65.



*"Bu amacı gerçekleştirmek için Türkiye Büyük Millet Meclisi önce <gelir bütçesi>, daha sonra da <gider bütçesi>ni görüşüp karara bağlar."*

*"Bakanlar Kurulu; <bütçe denklığı>nin sağlanması için zorunlu hallerde, gelir bütçesinin %10'unu aşmayacak bir oranda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden borçlanma yetkisi isteyebilir: Bu yetki talebi bütçe görüşmeleri sırasında olabileceği gibi yıl içinde herhangi bir zamanda da olur. Bu yetki yasa ile verilir."*

*"Devlet harcamalarının tümü yıllık bütçede gösterilmek zorundadır. Yıllık bütçede gelecek yıllara ait gelir ve harcamalarla ilgili hiçbir düzenleme yapılamaz (28)."*

Borçlanma ile ilgili bir başka madde önerisi de şöyledir:

*"Kamu harcamaları ilke olarak vergi gelirleri ile karşılanır. Devlet ancak bu maddede öngörülen sınırlar çerçevesinde kamu harcamalarını borçlanma ile finanse edebilir."*

*"İç borçlanma ancak hükümetin teklifi ve mali yıl bütçesinin görüşülmesi sırasında TBMM'nin salt çoğunluğunun kararı ile yapılabilir. İç borçların miktarı o yıl bütçesinde öngörülen toplam kamu harcamalarının yüzde yirmisinden fazla olamaz. Herhangi bir mali yıl içerisinde iç borçlanma talebinde bulunurken toplam iç borç stokunun reel GSMH'ya oranı esas alınır. İç borçların GSMH'ya oranı hiçbir şekilde yüzde yirmiyi geçemez."*

*"Dış borçlanma ancak hükümetin teklifi ve TBMM'nin salt çoğunluğunun kararı ile yapılabilir. Ancak, toplam dış borç stokunun bir önceki yıl GSMH'ya oranı yüzde kırkı aşamaz. Dış borçlanma ile sağlanan finansman, yatırım harcamalarının dışında kullanılamaz."*

*"İç ve dış borçların toplamından oluşan toplam dış borç stokunun GSMH'ya oranı yüzde altmışı geçemez (29)."*

(28) Savaş, "Yeni Anayasa için ekonomik anayasa önerileri", Anayasa Yargısı, sayı:11, s.220.

(29) Aktan, Ekonomik Anayasa, s.66. Aktan, bütçe denklığı ile ilgili olarak da "Yerel yönetimler ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki tüm devlet gelirleri ve harcamaları Devlet Bütçesi olarak adlandırılan tek bir bütçe içerisinde yer alır. Önceden belli gelirlerin belli giderlere mahsubu yapılamaz. Devlet bütçesi iki yıllık olarak hazırlanır.

Aslında, gerek borçlanma gerekse Merkez Bankası ile ilgili öneriler (30) 1982 Anayasası'nın hazırlığı sırasında da yapılmışsa da kabul görmemiştir (31). Öte yandan, 70'li yılların ikinci yarısında yapılmış A.B. üyesi üyesi ülkeler arasında en uzun anayasaya (299 madde) sahip Portekiz bile

TBMM önce gelir bütçesini, daha sonra ise gider bütçesini görüşüp karara bağlar. Bütçenin hazırlanmasında toplam harcamalar ile toplam gelirlerin birbirine denkliği esastır. Ancak hükümetin teklifi ve TBMM'nin salt çoğunluğunun onayı ile herhangi bir mali yıl içerisinde toplam harcamalar o yılın toplam gelirlerinin yüzde yirmisinden fazla olarak karara bağlanabilir. Bununla birlikte, herhangi bir mali yıl içerisinde toplam harcamalarda artış talebinde bulunurken kamu kesimi finansman açıklarının reel GSMH'ya oranı hiçbir şekilde yüzde beşi aşamaz.

Bumaddede öngörülen denk bütçe ilkesi savaş ve olağanüstü halin ilan edildiği dönemlerde uygulanmayabilir. Bu dönemde TBMM'nin salt çoğunluğunun kararı ile harcamalar gelirleri aşabilir.

Herhangi bir mali yıl içerisinde toplam gelirler toplam harcamaları aştığı takdirde, aradaki fark Türkiye Cumhuriyeti'nin dış borçlarının azaltılması için kullanılır ve bu işlem borçlar ortadan kalkıncaya kadar devam eder" şeklinde bir hükmün Anayasa'ya konulmasını önermektedir.

(30) Danışma Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı Anayasa Tasarısında <borçlanma> ile ilgili olarak, "Devlet ile kamu tüzelkişileri, kanunların tanıdığı yetkiler çerçevesinde kredi anlaşmaları yapabilirler ve tahvil çıkartabilirler.

"hazinenin nakit ihtiyacını karşılamak için , doğrudan veya dolaylı olarak, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası kaynakları kullanılamaz. Ancak, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası , Hazineye, miktarı cari yıl genel bütçe ödenekleri toplamının yüzde onbeşini geçmemek üzere, kısa vadeli bir avans hesabı açabilir. Her yıl için bu esasa göre hesaplanacak avans miktarından, bir önceki yılda alınan avanslar mahsup edilir ve Hazineye o yıl sadece aradaki fark ödenebilir" hükmüne;

<Merkez Bankası> ile ilgili olarak da, "Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen para ve kredi ilkelerini, kalkınma planları ve yıllık programlara uygun tarzda yürütmek, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasının görevidir.

"Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Başkanı, Cumhurbaşkanınca tayin edilir.

"Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, Devlet iktisadi kamu teşebbüsleri, belediyeler ve özel idarelerce çıkartılmış tahvilleri satın alamaz; bankaların kamu kesimine açıkları kredileri doğrudan veya dolaylı formüllerle aktifine geçiremez.

"Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası, döviz giriş ve çıkışlarının para arzında yol açabileceği olumsuz dalgalanmaları gidermek amacıyla, kambiyo denkleştirme operasyonlarını yürütür" hükmüne yer verilmişti.

(31) Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanan Anayasa Tasarısında bu tür düzenlemelerin Anayasa hükmü haline getirilmesinin doğru olmayacağını karşı oy yazımızda belirtmiştik. Bkz. Danışma Meclisi (S.Sayı:166'ya 1 inci Ek), s.75.

mali ve ekonomik hükümlere otuz civarında madde ayırmasına karşın yukarıda değindiğimiz anlamda sınırlandırıcı hükümler içermemektedir. Örneğin, merkez bankası ve para politikasına ilişkin olarak, Portekiz Anayasası (m.105) Merkez Bankasının, milli merkez bankası olarak, yasa çerçevesinde, para politikasının belirlenmesine ve uygulanmasına katılacağını belirtmekle yetinmektedir.

Anayasal iktisat kuramı yanlılarının önerdikleri türden ayrıntılı düzenlemeleri, anayasa tekniği ile bağdaştırmak olanaklı olmadığı gibi; hükümetin ekonomi politikasını belirleyip, bu politikanın yürütülmesinden sorumlu olması ilkesine de ters düşmektedir. Nitekim, Fransa'da merkez bankası yasasında değişiklik yaparak para politikasını belirleme ve uygulama yetkisini merkez bankasına veren düzenleme, Anayasa Konsey'i tarafından 1958 Anayasası'nın politika belirleme ve uygulama yetkisini hükümete ve başbakana veren hükümlerine (m.20-21) aykırı bulunmuştur (32). Benzer düzenleme ancak 1992 yılında, Anayasa'da yapılan değişikliklerle, yukarıda değindiğimiz A.B. ile ilgili hükmün (m.88/2) Anayasa'ya konulmasından sonra yasalastırılabilmiştir.

Esasen ekonomi politikasının yürütülmesinde siyasal iktidarları sınırlandırıcı benzeri kurallar İMF ve Dünya Bankası gibi kuruluşlar tarafından getirildiği gibi; A.B. üyesi ülkeler açısından ekonomik bütünleşmenin gereği olarak da kabul edilmektedir (33).

Kaldı ki, anayasal iktisat yanlılarının önerdikleri kurallar anayasalarda yer alsada, uygulamada ortaya çıkabilecek kimi olağanüstü durumlarda, bu kuralların dışına çıkmak, krizin daha da ağırlaşmasını önlemenin bir çaresi olarak görülebilir.

---

(32) Fransız Anayasa Konseyi'nin 3 ağustos 1993 tarihli ve 93-324 DC sayılı kararı. L.Favoreu, Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993, Litec, paris, 1994, s.537 vd.

(33) Maastricht Anlaşmasına göre bütçe açıklarının GSYİH'nın %3'ünü; toplam borçların da GSYİH'nın %60'ını aşmaması gerekmektedir. Aynı şekilde enflasyon oranının da, en düşük üç ülkenin ortalamasınının 1,5 katından fazla olmaması ilkesi benimsenmiştir.

Bir başka öneri de, ekonominin yönetiminde danışma-katılma mekanizması olarak **Ekonomik ve Sosyal Konsey** kurulması ve bunun anayasal kurum olarak düzenlenmesidir. Benzer kurumlara çeşitli ülkelerin anayasalarında yer verildiği gibi; gerek 1961 gerekse 1982 Anayasalarının hazırlanması dönemlerinde Anayasa'ya bu amaçla hüküm konulması önerileri yapılmış, fakat gerçekleştirilememiştir (34).

Geçmiş yıllarda ekonomik yaşamın bazı sektör ve örgütlerinin temsilcileri ile kurumsallaştırılmamış ilişkiler biçiminde zaman zaman gerçekleştirilmeye çalışılmış olan bu danışma ve katılmanın kurumsal hale getirilmesi ve bunu sağlayacak kuruluşun anayasal niteliğe kavuşturulmasında yarar vardır.

### *Devletin ekonomik alanda düzenleyici ve denetleyici işlevi ve Anayasa*

Hukuk sisteminin temelini oluşturan Anayasa'nın ekonomik düzenin de hukuki altyapısını oluşturduğuna başta değinmiştik. Ekonomi-hukuk ilişkisinin yadsınmasının, bir başka deyişle, hukuki altyapı oluşturmadan da bazı temel ekonomik kararların uygulanabileceğinin düşünülmesinin yarattığı sorunların örnekleri yakın geçmişte görülmüştür. Bunun en çarpıcı örneği de özelleştirme konusunda yaşanmıştır.

Bu nedenle, "kapitalist piyasa oyununun da, demokrasi oyununun da, toplum yararına sonuçlar verebilmesi için , iyi kurulmuş, sağlıklı bir **siyasal-yasal-yargı çerçevesi**" kurulması gerektiği, haklı olarak savunulmaktadır (35). Gerçekten serbest piyasa ekonomisi de benimsense, sistemin sağlıklı işleyebilmesi için gerekli hukuki altyapının oluşturulması gerekmektedir. Bu hukuki altyapının oluşturulmasında Anayasa, temel kural-

(34) Öneriler konusunda bkz. Kamu Yönetimi Araştırması (Mali ve ekonomik kuruluşlar araştırma grubu raporu), TODAİE yayını, Ankara, 1992, s.140 vd. "Ekonomik Konsey" önerisi için bkz. V.Savaş, "Yeni Anayasa için ekonomik anayasa önerileri", Anayasa Yargısı, sayı:11, 1995, s.224.

(35) O.Yenal, İktisat Siyaseti Üzerinde İncelemeler", T.İş Bankası yayını, 1999, s.2. Yzaraa göre, "...hızlı enflasyon, sorumsuz iç borçlanma, başıbozuk bankacılık, bozuk gelir dağılımı, devletten kaynaklanan rant ekonomisi, kamu malları yağmacılığı...gibi rahatsızlıkların temelinde , toplum yaşam kurallarının iyi bir çerçeve içinde düzenlenmemiş olması yatmaktadır".

ları koyması açısından büyük önem taşımakla beraber, yasal düzenlemelerin, hatta özellikle ekonomi alanında yoğun biçimde ortaya çıkan idari düzenlemelerin önemi yadsınamaz. Bu nedenle, “ekonomik anayasa”nın anayasal hükümler yanında, özelleştirme ve rekabetin korunmasına ilişkin temel yasal düzenlemeleri de içerdiği kabul edilmektedir (36).

Ekonomik yaşamda düzeni sağlamayı amaçlayan kamusal düzenleme ve denetimler için “ekonomik kolluklar” (Les polices de l'économie) deyiimi kullanılmaktadır (37). “Kolluk” (police) kavramı ilk bakışta devlet müdahalesini ve otoriter bir sistemi çağrışırsa da, kavramın hukuki anlamının düzeni sağlamak olduğu dikkate alınır, serbest piyasa ekonomisi kural-sız bir ekonomik düzen anlamına gelmediğine göre, ekonomide düzeni sağlamaya yönelik düzenleme ve denetlemeler “ekonomik kolluk” dediğimiz bir özel kolluk türü olarak nitelendirilebilir. Genel kolluk faaliyetinin amacı “kamu düzeni”ni korumak ise; bir özel kolluk türü olarak “ekonomik kolluk”un amacı da “ekonomik kamu düzeni”ni gerçekleştirmek ve korumaktır (38). Nitekim, Türkiye Barolar Birliği yönetim kurulu da 1975 yılında, “Ekonomik (demokratik) Kamu Düzeni” başlıklı bir rapor yayınlamıştır.

Hemen belirtelim ki, bugüne dek yapılmış Anayasa değişikliği çalışmalarında, 1982 Anayasası'nın, sosyal devlete, mülkiyet hakkına, özel girişim ve sözleşme özgürlüğüne, piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin hükümlerinin, kaldırılmaları veya değiştirilmeleri yönünde bir öneri dikkatimizi çekmedi. Özellikle, Anayasa'nın “piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi”ne ilişkin maddesi (m.167) “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasaları sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri” almak ve “piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek” görevini devlete vermekle tüm bu alanlarda kamusal düzenleme, gözetim ve denetimi kabul etmektedir.

(36) S.Cassese, *La Nouva Costituzione Economica*, Laterza, Roma-Bari, 2000, s.3.

(37) P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 1998, s.427.

(38) J.Castagne, *Le control juridictionnel de la légalité des actes de police administrative*, LGDJ, Paris, 1964, s.36.

Nitekim, 28.7.1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (1999 yılında 4487 sayılı Yasa ile önemli değişiklikler geçirmiştir); 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile 18.6.1999 tarih ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu (aynı yıl çıkarılan 4491 sayılı Yasa ile önemli değişiklikler geçirmiştir) Anayasa'nın (m.167) belirtilen alanlarda devlete verdiği düzenleme ve denetim görevini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Bu yasal düzenlemelerin bir başka önemli özelliği de, söz konusu alanlarda, temel hak ve özgürlükler ile piyasa mekanizmalarının düzenli işleyişini, siyasal iktidar ve ekonomik güç odaklarının müdahale, baskı ve etkilerinden korumak amacıyla (39), "Sermaye Piyasası Kurulu", Rekabet Kurumu" ve "Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu" gibi "bağımsız idari otorite" veya "düzenleyici kurullar" olarak da isimlendirilen yeni bir idari yapılanma modeli getirmiş olmalarıdır.

Ancak, "bağımsız idari otorite" kavramı ile ifade edilen bu yeni idari yapılanma modelinin, Anayasa'nın (m.123) idarenin yapılanmasına ilişkin ilkeleri ile ne ölçüde bağdaştığı konusunda öğretide bazı duraksamalar olduğunu da belirtmek gerekir. (40) Duraksamaların giderilmesi amacıyla bu tür kurumlara anayasal dayanak oluşturacak bir hükmün Anayasa'ya konulması gerektiği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Yargı organları bu tür kuruluşları, kamu tüzel kişiliğine sahip olmaları dolayısıyla, özel bir nitelendirme yapmaksızın, "kamu kurumu" olarak kabul etmektedir (41).

Bununla beraber, yargı organları bu tür kurumların işlevsel özelliklerini dikkate alarak bundan gereken sonuçları çıkardıkları gözlenmektedir. Örneğin, Danıştay, Sermaye Piyasası Kurulu'nun, "sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve çıkarlarının korunması" ile görevli olduğunu; dolayısıyla, "aracı kuruluşların özel hukuk kuralları içinde yatırımcılarla kurduğu ilişkinin, kamu hu-

(39) L.Duran, "Türkiye'de bağımsız idari otoriteler", Amme İdaresi dergisi, c.30, sayı:1, Mart 1997, s.4.

(40) M. Günday'a göre bunlar diğer kamu kurumlarına göre özerklikleri daha geniş olan ve "özel zabıta görevi" yerine getiren "kamu kurumu" statüsünde kuruluşlardır. Rekabet Hukuku ve Yargı, Rekabet Kurumu yayını, Ankara, 1999, s.61.

(41) Uyuşmazlık Mahkemesi, 27.11.1989, E.989/24-K.989/30. RG;24.12.1989, sayı:20382,s.13; Danıştay, 10.D; 25.11.1996, E.995/6027-K.996/7741.

kuku kurallarıyla düzenlenen sahadaki etki ve sonuçlarının” Kurul tarafından değerlendirilebileceğini kabul etmektedir (42).

Son günlerde bazı bankaların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’na devri dolayısıyla ortaya çıkan tartışmalara da ışık tutması bakımından, geçmişte 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun mali yapılarının güçlendirilmesine olanak bulunmayan bankaların mevcut veya kurulacak bir bankaya devri veya birleştirilmesini öngören hükmüne (m.64) ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına da değinmek isteriz. Hemen belirtelim ki, o dönemde de yapılan işlemin hukuki niteliği ve özellikle Anayasa’nın devletleştirmeye ilişkin hükmü (m.47) karşısında durumu duraksamalara yol açmıştır. (43)

Anayasa Mahkemesi’ne göre, *“Bankaların, Devletin para, kredi ve sermaye politikalarının oluşmasında ve saptanmış politikaların uygulanmasında önemli görevleri bulunmaktadır. Gerçekten, para ikrazı işleriyle meşgul olan, mevduat kabul eden, sermaye teşekkülüne hizmet eden bankalar, ülke ekonomisinin en hassas kesimi olan kredi piyasasında faaliyet gösteren mali kuruluşlardır. Bu itibarla, bunların Devletçe yakından izlenmesi ve denetlenmesi gerekir.”*

“.....

*“Anılan Kanunla Devlet, bir yandan tasarrufları korumak diğer yandan bankalarda biriken tasarrufların milli ekonominin gereklerine göre kullanılmasını sağlamak üzere bankalar sistemini, para ve kredi piyasalarını yeniden düzenleme ihtiyacını duymuştur.”*

*“Alınan önlemlere rağmen mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan görülemeyen bankaların bütün aktif ve pasifleriyle mevcut veya kurulacak bir bankaya devredilmesi veya birkaç banka ile birleştirilmesi yollarından birinin seçilmesi, Anayasa’nın 2. maddesindeki sosyal Devlet ilkesinin olduğu kadar, Anayasa’nın 48. ve 167. maddeleriyle Devlete verilen görevlerin de gereğidir”. (44)*

(42) Danıştay, 10.D;23.12.1998, E.996/943-K.998/6950, Danıştay Dergisi, sayı:100, s.510 vd.

(43) Bu konuda geniş bilgi için bkz. H.S.Türk’ün Bankacılık ve Ticaret Hukuku Enstitüsü tarafından aynı konuda düzenlenen toplantıda sunduğu, “Bankaların zorunlu devir veya birleşmesi” başlıklı bildirisini. 17 Aralık 1983

(44) Anayasa Mahkemesi, 4.3.1986, E.985/16-K.986/5. RG;9.5.1986, sayı:19102, s.14-15.

Görüldüğü gibi, Anayasa'nın ekonomik düzen için getirdiği genel kurallar yasal düzenlemelerle yaşama geçirilmekte; son aşamada da Anayasa Mahkemesi kararları ile içerik ve anlamları somutlaştırılmaktadır. Anayasa'nın genel kurallar koymakla yetinmesi anayasa tekniğinin de bir gereğidir. Bununla beraber, bazı ülkelerin anayasalarında ayrıntılı düzenlemelere gidildiği görülmektedir. Bunun tipik örneği hem yakın tarihlerde yapılması, hem de A.B. üyesi bir ülke olan Portekiz'in anayasasıdır. Özellikle 1982 Anayasası'nın 48, 167 ve 172. maddelerine karşılık Portekiz Anayasası'nda şu düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir:

“Özel girişim anayasa ve yasa ile öngörülen şekilde serbestçe faaliyette bulunur”(m.61/1). “Devlet özel teşebbüslerin anayasa ve yasaya uygun faaliyette bulduklarını gözetir. Ekonomik olarak yaşaması gereken küçük ve orta ölçekli teşebbüsleri korur”(m. 87/1). “Devlet özel teşebbüslerin yönetimine, yasanın açıkça öngördüğü durumlarda ve ilke olarak yargı kararı üzerine, geçici olarak müdahale edebilir”(m87/2) Özel teşebbüse ve aynı nitelikteki diğer kuruluşlara kapalı temel sektörler yasa ile belirlenir”(m.87/3).

Ekonomik ve sosyal örgütlenme, “ekonomik gücün demokratik siyasal iktidara tabi olması”, “üretim araçlarının mülkiyetinin farklı biçimlerde (kamu, özel, kooperatif) birlikteliği”, “ekonominin demokratik planlaması”, “gelir dağılımında eşitsizliğin giderilmesi” ve “sektörler ve bölgeler arasında dengeli ekonomik ve sosyal kalkınmayı sağlamak” temel ilkelerine dayanır.(m.80) Anayasa'da ekonomik ve sosyal planlamaya dört madde (m.91-94) ayrılmıştır.

Devletin öncelikli görevleri arasında, “özel tekellerin oluşumunu önlemek ve ortadan kaldırmak, ekonomik gücün kötüye kullanılmasını ve kamu yararına zarar verici uygulamalarını cezalandırmak”(m.81/e); “teşebbüsler arası dengeli rekabeti sağlamak”(m.81/f) ve “tüketiciyi korumak”(m.81/j) bulunmaktadır.

Ticaret politikası hedefleri başlığı altında da, “ticari ekonomik ajanlar arasında sağlıklı rekabeti tesis etmek” (m.102/a), “dağıtım kanallarını rasyonelleştirmek” (m.102/b), “sınırlandırıcı ticari uygulamalar ve spekülatif faaliyetlerle mücadele”(m.102/c) ve “tüketicinin korunmasını sağlamak”(m.102/e) sayılmaktadır.



Yukarıda değindiklerimiz 299 maddelik Portekiz Anayasası'nın ekonomik düzene ilişkin olanlarından önemli gördüklerimizdir. Hiç kuşkusuz, anayasanın ne ölçüde ayrıntılı olacağı, anayasal gelenek ve ülke koşulları dik-kate alınarak, anayasa koyucunun yapacağı tercihle ilgili bir sorundur.

### *Sonuç*

1982 Anayasası'nın "mülkiyet hakkı", "özel girişim özgürlüğü", "planlama", "piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi"ne ilişkin ve ekonomik düzeni doğrudan ilgilendiren temel hükümleri konusunda bugüne dek önemli bir değişiklik önerisine rastlamadık. Anayasal iktisat görüşü yanlılarının kamunun enflasyonist politikalarına engel olmak amacıyla Anayasa'ya konulmasını önerdikleri yeni hükümlerin de uygulamada gereksiz duraksama ve tartışmalara yol açabileceklerini düşünmekteyiz.

### **Oturum Başkanı**

---

Çok teşekkür ediyorum Sayın Tan; bize bundan sonraki Anayasa taslaklarına girmesi gereken güzel mesajlar verdiniz. Umarız bu kuruluşlar, bu kurumsallaşmalar, bundan böyle yeni anayasalarda daha somut biçimde yerini alır ve değerlendirilir.

Buyurun Sayın Savaş.

### **Prof. Dr. Vural Fuat Savaş**

---

Yeditepe Üniversitesi İktisat Fakültesi

### **EKONOMİK DÜZEN VE ANAYASA**

Sayın Başkan,

Değerli meslektaşım Sayın Prof. Dr. Turgut Tan'ın büyük bir ilgi ve istifade ile dinlediğim tebliği ile ilgili düşüncelerimi arzetmeden önce izin verir-

---

seniz, bir vatandaş olarak bir şikayetim var, önce onu dile getirmek istiyorum.

Bilindiği gibi TBMM'nin görevde bulunan heyeti, geride bıraktığımız yıllarda birkaç Anayasa değişikliği yapmış ve halen de gündeminde birkaç maddenin daha değişikliği vardır.

Bu parlamentonun bu Anayasa değişikliklerini yapma yetkisi yoktur. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi, bugün Parlamento'da temsil edilen siyasi partilerin hiçbiri söz konusu Anayasa değişikliklerine Seçim Bildirgelerinde yer vermemişler ve vatandaştan bu konuda görev ve yetki almamışlardır. Bu nedenle "kendilerine verilmeyen bir yetkiyi" kullanmaktadırlar. Bu, hem demokrasi ile ve hem de siyasal ciddiyet ile bağdaşmayan bir tutumdur.

İkinci sebep ise hem anayasa ve hem de diğer yasalar yönünden çok önemli olan bir konudur. Konuyla ilgili yayınlarda genel kabul gören bir ilkeye göre, anayasa yapmak veya değiştirmekle görevli ve yetkili Parlamento, ki buna Kurucu Meclis veya Anayasa Meclisi adı verilir, yazılacak Anayasa kuralından ne o anda ne de daha sonra, kendisi için bir beklentisi olmayan üyelere oluşturulmalıdır.

Oysa ki bu gün Parlamentoda Anayasayı değiştirme için girişilen "uzlaşma" arayışından da açıkça belli olmaktadır ki, siyasi partilerin her biri yapılacak değişikliklerden belli bir bekleyiş içindedir.

Bu şekilde yapılan anayasa değişiklikleri, Anayasamızın mantıksal yapısını bozacağı gibi, toplum tarafından da benimsenmeyecektir.

Sayın Başkan,

Ekonomik anayasa ile ilgili düşüncelerimi açıklamaya böyle bir anayasa taraftar iktisatçıların Anayasa'dan ne anladıklarını ve de beklediklerini belirterek başlamak istiyorum.

Anayasa hem bir "**toplumsal uzlaşma**" ve hem de bir "**toplumsal sözleşme**"dir. Bu niteliklere sahip bir Anayasa'nın varlığı "Siyasi İktidar"ın bireyler arasında hiçbir farklılık yaratmamasını ve bireyleri bu toplumsal uzlaşma ve sözleşme dışında, bir zorlamaya tabi tutmamasını zorunlu kılar.

Bu ilkeler ışığında, 1982 Anayasası'nın belli konularda ya yeni kurallara yer vermesi, ya da bazı kurallarının daha somut hale getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Herşeyden önce Sayın Tan ile birlikte olduğum bir noktayı belirtmek isterim. Ülkemizde, "demokrasi" gibi "serbest piyasa ekonomisi" kavramı da yanlış anlaşılmuş, yanlış uygulanmıştır. Demokrasi de serbest piyasa ekonomisi'de herkesin aklına estiği gibi davranacağı ve ne isterse yapacağı bir sistem değildir. Aksine ikisinin de çok dikkatle belirlenmiş Anayasa ve yasa kuralları içinde yaşanması gerekir. Bu nedenle demokrasinin de serbest piyasa ekonomisinin de yaşatılması için bütün bireylerin "oyunun kuralları"na saygılı davranması gerekir. Gerekli oyun kurallarına sahip olmayan veya bu kurallara saygı gösterilmeyen toplumlarda demokrasi de serbest piyasa ekonomisi de yozlaşmaya ve bütün ahlaki değerleri aşındırmaya yönelecektir.

Bu genel ilkeden sonra, 1982 Anayasası'na yönelteceğimiz eleştirilerek kısaca gözatabiliriz.

### **Hak ve Özgürlük Ayrımı**

Yeni anayasada herşeyden önce "ekonomik haklar" ile "ekonomik özgürlükler" arasındaki ayrım net biçimde ortaya konulmalıdır. Bilindiği gibi "ekonomik haklar" pozitif özgürlükler olarak tanımlanır ve devletin bu konuda belirlenen hedeflere ulaşması şart koşulu. Bir başka deyişle "ekonomik haklar" ferdi devletten alacaklı kılar. "Ekonomik hak" olarak belirlenen bir konunun gerçekleştirilmemesi bir "anayasa ihlali"dir ve yargı yoluna başvurmak hakkı yaratır. Buna karşılık "ekonomik özgürlükler", negatif anlamda tanımlanırlar, yani devletin bu alana hiçbir müdahalede bulunmaması şart koşulu. 1982 Anayasası'nda bu ayrıma hiç dikkat edilmemiş ve "hak" ile "özgürlük" kavramları eş anlamlı gibi kullanılmıştır.

Mesela, mülkiyet hakkı (m.35), eğitim ve öğrenim hakkı (\*) (m.42), sendika kurma hakkı (m.51), ve grev hakkı (m.54); aslında bir "özgürlük" ol-

(\*) Eğitim ve öğrenim hakkından, söz etmek, ancak bu eğitim ve öğretimin devlet eliyle ve ücretsiz olarak verilmesi söz konusu ise mümkündür.

duğu halde 1982 Anayasası'nda "hak" olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sosyal güvenlik hakkı (m.60) ve dinlenme hakkı (m.50) gerçekte birer hak oldukları için doğru düzenlenmiştir.

Konu, bir terminoloji meselesi olmaktan öte bir boyuta sahiptir. Çağdaş devletin en önemli vasfı olduğu öne sürülen "**refah devleti**" veya "**sosyal devlet**" kavramının boyutlarını, dolayısıyla toplumsal gelir transferlerinin hem miktarını ve hem de yönünü belirleyecek olan unsur, "**ekonomik haklar**"ın sayısı ve niteliğidir.

Öte yandan ekonomik haklar ile ekonomik özgürlükler arasında ters yönlü bir ilişki vardır. Vatandaşlar, devletten kendilerine ne kadar çok ekonomik hak verilmesini isterlerse, devletin de ekonomiye müdahalesi o kadar çok artar ve fertlerin ekonomik, hatta siyasi, özgürlükleri kısıtlanır.

Daha da önemlisi şudur: Devletin parasal varlığı, vatandaşlarından vergi, resim ve harç şeklinde aldıklarından oluşur. Devletin bunların dışında bir kaynak yaratma gücü yoktur. Devletin vatandaşlara sağladığı bütün hizmetlerin bedelini yine vatandaş öder. Bu nedenle devletten talep edilen bir hakkın bedelinin yine vatandaş tarafından ödeneceğini kamuoyu iyi bilmelidir.

Çok önemli saydığımız bu konuyu 1982 Anayasası'nda örneklerle açıklayalım. Bu anayasada **42. madde "Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi"** başlığını taşımakta ve birinci fıkrasında "**kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz**" demektedir. Bu madde karşısında, üniversiteye giremeyen bir gencin siyasi iktidarı "Anayasayı ihlal etmekle" suçlaması mümkündür. Çünkü kendisine anayasal bir hak olarak verilen "eğitim ve öğrenim hakkı", siyasi iktidar tarafından sağlanmamıştır. Benzer durum "**çalışma hakkı ve ödevi**" başlığını taşıyan **49. madde** için de söz konusudur. "Çalışma herkesin hakkı ve ödevidir". Diyen bu madde karşısında işsiz kalan her vatandaş siyasi iktidar yönünden bir "anayasa ihlali" oluşturacaktır.

Anayasa koyucu kendini bu açmazdan kurtarmak için **65. maddeyi** kullanmıştır. Bu maddeye gelinceye kadar "hak" ve "özgürlük" kavramlarını gelişigüzel kullandıktan sonra "**sosyal ve ekonomik hakların sınırı**" başlıklı bu maddede: "devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile be-

lirlenen görevlerini ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynakların yeterli ölçüsünde yerine getirir” hükmüne yer verilmiştir. Bu madde karşısında ekonomik hakları düzenleyen daha önceki maddeler bütün anlam ve önemini yitirmektedir.

Böyle bir tutum Anayasa gibi hayati önemde bir metnin ciddiyeti ile bağdaşmaz. Ayrıca, devletin görev ve yetkileri açısından da büyük bir belirsizlik yaratır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi konu “refah devleti” veya “sosyal devlet” kavramı ile de çok yakından ilgilidir. Refah devletinin boyutları toplumda çeşitli kesimler arasında devlet eliyle yapılacak gelir transferlerinin miktar ve yönünün belirlenmesini gerektirir. Daha açık bir deyişle ekonomik hakların sayısı ve niteliği, kimlerden ve ne kadar vergi alınıp, kimlere ne kadar transfer ödemesi yapılacağını gösterir.

Ekonomik haklar yönünden anayasada izlenmesi mümkün iki seçenek vardır. Birinci seçenekte ekonomik haklar ayrıntılı biçimde düzenlenir. Bu seçenek izlendiği zaman “sosyal devlet” kavramı soyut bir kavram olmaktan çıkar, benimsenen ekonomik hakların sayısına ve niteliğine göre belirli bir içerik kazanır. Ancak anayasada yer alan hakların gerçekleşmemesi, siyasi iktidarın “anayasayı ihlal etmesi”ne neden olur. Hakların gerçekleşmesi için gerekli kaynakların devletin imkanlarını aşması halinde ise siyasi iktidar “borçlanma” ve “para basımı” gibi ekonomik istikrarı bozucu yöntemlere başvurmak zorunda kalır.

İkinci seçenek, ekonomik haklara anayasada hiç yer vermemek, bu gibi hakların düzenlenmesini yasalara bırakmaktır. Böyle bir yöntem, yukarıda değinilen sakıncaları yaratmayacağı gibi bazı yararlar da sağlar. Bu yararlardan birincisi, seçim mücadelesinde siyasi partilerin birbirleriyle rekabetini somut ve ciddi önerilere dayalı olarak yapmalarının sağlanmasıdır. İkincisi, her siyasi parti “hak” olarak vaat ettiği düzenlemelerin hangi kaynaklardan sağlanacağını açık seçik ortaya koymak zorunda kalır. Toplum da her hakkın bedelini, kendi ödeyeceği vergi, resim ve harçlarla karşılamak zorunda olacağını bilinci içinde **hak-kaynak dengesini** gerçekçi bir şekilde değerlendirmek ve tercihini ona göre yapmak zorunluluğunu duyar.

Haklar ile ilgili bir başka sorun da hukuk devletinin temelini oluşturan **“kişilerin yasa karşısında eşit olması”** ilkesidir. Toplumun belli kesimlerine yapılacak transfer ödemeleri **“eşitlik”** ilkesini ihlal eder. Belli kişiler veya kesimler için değil **“belli koşullar ve durumlar”** için tanımlamak gerekir. Örneğin **“işsizlik sigortası”** şu veya bu iş kolu için veya sadece işçi için değil isteği dışında her hangi bir nedenle işini kaybeden bütün vatandaşlar için düzenlenmelidir.

Bu açıklamaların ışığında, yeni anayasada ekonomik hakların yer alması gerektiğini ve ekonomik hakların yasalarla düzenlenmesinin uygun olacağını düşünüyoruz. Bu amacı sağlamak için de yeni anayasaya **“Ekonomik Haklar”** başlığı şöyle bir madde konulmasını öneriyoruz:

**“Türkiye Büyük Millet Meclisi; kişi, sınıf, meslek ve bölge ayrımı yapmaksızın herkesin yararlanabileceği bir ekonomik hakkı yasa ile düzenler.**

**Ekonomik hak içeren yasa, söz konusu hakkın hangi bir tür kaynaklarla karşılanacağını açıklıkla belirler. Öngörülen kaynaklar mevcut vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerde bir artışı öngörüyor veya yeni bir mali yükümlülük getiriyorsa, ekonomik hak yasası ile birlikte vatandaşın mali yükümlülüğünü arttıran yasa da Türkiye Büyük Millet Meclisince birlikte görüşülüp birlikte karara bağlanır. Bu gibi yasalar referanduma sunulur.”**

### **Vergileme İlkeleri**

Vergileme yetkisi; para basma yetkisi ve yasa çıkarma-zor kullanma yetkisi ile birlikte siyasi iktidara **“emanet edilmiş”** üç önemli yetkiden biridir. Siyasi iktidar bu yetkiyi, **mutlaka** ve **sadece** parlamento eliyle kullanmalıdır. **“Parlamentonun vekili olmaz”** ilkesi uyarınca vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili her türlü düzenlemenin parlamento tarafından yapılması gerekir. Vergileme ile ilgili bir başka konu **“vergi konusu”**nun yani verginin **“nereden”** veya **“neden”** alınacağını açık ve net biçimde belirlenmesi gereğidir. Mevcut anayasanın **“Vergi Ödevi”** başlığını taşıyan 73. maddesinde yer alan ve vergileme kriteri olarak kullanılan **“mali gücüne göre”** deyimini içerisi belirsiz bir tanımdır. vergileme konusunun **“gelir”, “harcama”** ve **“Servet”** şeklinde belirlenecek üç **“konu”**ya göre belirlenmesi uygun olur. Bir başka konu, uygulanacak **“vergi oranı”** ile ilgilidir. Uzun bir tarihsel gelişime sahip **“artan oran-**

**lı vergiler”, “kanun önünde eşitlik”** ilkesine uymadığı ve siyasi iktidar tarafından takdiri biçimde kullanıldığı ve özel sektör üzerinde bir tehdit unsuru oluşturduğu için eleştirilmekte ve “sabit oranlı vergiler”in tercih edilmesi gerektiği öne sürülmektedir.

73. maddenin dördüncü fıkrası “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muafık, istisna ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar kuruluna verilebilir.” denmektedir. Son yıllarda vergi yasalarında peş peşe yapılan değişiklikler bu maddenin siyasal iktidar tarafından ne kadar sık ve takdiri şekilde kullanılabileceğini göstermiştir. Bu nedenle yukarıda da değindiğimiz “Parlamentonun vekili olmaz” ilkesi uyarında vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle ilgili her türlü düzenlemenin parlamento tarafından yapılması gerekir. Dolayısıyla bu fıkra ya tümüyle kaldırılmalı, veya “muafık, istisna ve indirimler ile oranlarına ilişkin düzenlemelerde” hükümete bırakılacak yetkilerin açıkça sayılması ve oranlarda değişiklik yapılması halinde de bu değişikliğin en çok % 3 gibi düşük bir oranla sınırlı kalması sağlanmalıdır.

Bu ilkeler ışığında “vergi ödevi” ile ilgili madde için şöyle bir teklif öneriyoruz:

**“Herkes devlet giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlüdür.**

**Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler gelir, harcama ve servet üzerine kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.**

**Vergiler sabit oranlıdır. Ancak sosyal ve ekonomik amaçlarla gelir, harcama ve servet çeşitleri birbirinden ayrılabilir ve her çeşite ayrı bir oran uygulanabilir.**

**Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden elde edilecek gelirlerin tümü ait oldukları yıl genel bütçesinde yer alır.**

**Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler, devlet bütçesinde ortaya çıkacak zorunlu hallerde Bakanlar kurulu tarafından en çok % 3 oranında arttırılabilir.**

## Peşin vergi alınamaz”

### Bütçe Denkliği

Demokratik ülkelerin birçoğunda olduğu gibi, ülkemizde de “Devlet Bütçesi”, devletin gerçek gelirleriye harcamalarını birbirine eşit kılan bir yasa olma niteliğini kaybetmiştir. Gelecek seçimleri kazanmak için, faturası devlete çıkan “**Vaatler yarışı**”, devlet harcamalarını hızla artırırken; siyasi iktidarın, yine gelecek seçimleri düşünerek, vergi toplamayı göz ardı etmesi devlet bütçesi açıklarının çığ gibi büyümesine neden olmuştur. “Vergi almadan harcamak” ise sadece devlet borçlarının ve para basımının artması ile mümkündür. Böyle bir politika ise “**yüksek faiz**” ve “**enflasyon**” demektir.

Bunun için devlet bütçesinin, gerçek gelirler ile giderlerinin birbirine eşitliği anlamında “denk olması” gerekir. Öte yandan devletin iç ve dış borçlarına bir sınır konulmalıdır. “Fon” adı altında uygulanan bütçe dışı gelir ve giderler de “genel bütçe” içinde yer almalı, TBMM'nin gözetim ve denetimine tabi tutulmalıdır.

Bu düşüncelerle yeni anayasaya şöyle bir maddenin konulmasını öneriyorum:

**“Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışında kalan bütün kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.**

**Yıllık bütçede yer alan harcamalar toplamı gerçek devlet gelirlerinden fazla olamaz.**

**Bakanlar Kurulu; “bütçe denkliği”nin sağlanması için zorunlu hallerde, gelir bütçesinin % 10'unu aşmayacak bir oranda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden borçlanma yetkisi isteyebilir. Bu yetki talebi bütçe görüşmeleri sırasında olabileceği gibi yıl içinde herhangi bir zamanda da olur. Bu yetki yasa ile verilir.**

**Devlet harcamalarının tümü yıllık bütçede gösterilmek zorundadır. Yıllık bütçede gelecek yıllara ait gelir ve harcamalar ile ilgili hiçbir düzenleme yapılamaz.”**



## Para Basma Yetkisi

Açık bütçelerin etkisini hissettirdiği bir başka alan, siyasi iktidara bir monopol yetkisi olarak tanınan “**para basma**” yetkisidir. Günümüz demokrasilerinde enflasyonun tek sorumlusu, para basma yetkisini sorumsuzca kullanan siyasi iktidarlardır. Ortaçağın “simyacıları” taştan altın yapmayı başaramamıştır ama çağdaş siyasi iktidarlar kağıttan satın alma gücü yaratmayı başarmışlardır. Siyasi iktidara tanınan bu yetkinin kesinlikle sınırlandırılması gerekir. Bu amaçla çeşitli alternatif öneriler getirilmiştir. Bunlar arasında para arzının her yıl % 3-5 oranında arttırılacağına anayasa ile belirlenmesi, altın standardına yeniden dönülmesi, özel bankalara para basma yetkisinin verilmesi gibi öneriler de vardır.

Biz hem, ülkemizin gerçeklerini dikkate alacağımı ve hem de iktisat ilminin gereklerini yerine getireceğini düşündüğümüz şu anayasa maddesini öneriyoruz:

**“Para basılmasına karar verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, para basma yetkisini, bağımsız T.C. Merkez Bankası A.Ş.'ne belli süreler için tanınacak para basma imtiyazı ile kullanır.**

**Yıllık emisyon artış oranı bağımsız T.C. Merkez Bankası A.Ş. Başkanlığınca reel milli gelir artış oranı ve piyasa gereksinimi göz önüne alınarak fiyat istikrarını koruyacak şekilde düzenlenir.”**

## Kanun Hükmünde Kararname Yetkisi

1982 Anayasası'nın “Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme” başlıklı 91. maddesi, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere; sadece İkinci Kısımın Üçüncü bölümünde yer alan “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler'in” kanun hükmünde kararnameler ile düzenleneceğini öngörmüştür. Bir başka deyişle 1982 Anayasası, ekonomik yaşamın düzenlenmesini tümüyle hükümetin takdiri kararlarına terk etmiştir. Böyle bir düzenleme ekonomik yaşamda istikrarsızlığı ve belirsizliği artırır. Siyasi iktidarın özel sektör üzerine yoğun baskılar yapmasına olanak verebilir. Böyle bir durum fertlerin ekonomik özgürlükleri üzerinde; “ekonomik yaşamın dinamizmi karşısında siyasi iktidar gereken hareket kabi-

liyetine sahip olmalıdır” görüşü ile savunulamayacak kadar önemli olumsuz etkilere neden olur. Bu nedenle, ilke itibarıyla kanun hükmünde kararname yolu ile düzenlemeye, ekonomik hak ve özgürlükler alanı başta olmak üzere; sıkıyönetim ve olağanüstü hal dışında, hiçbir konuda imkan verilmemelidir. Anayasadaki 91.m. buna göre düzenlenmelidir.

### **Ekonomiye Takdiri Müdahalelerin Önlenmesi**

1982 Anayasası, içeriği belirsiz bazı gerekçelerle siyasi iktidara ekonomik yaşama müdahale etmek yetkisi tanımıştır. Bu durumun tipik örnekleri 48. ve 167. maddelerde yer alan düzenleme gerekçeleridir.

“Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlığını taşıyan 48.m'nin ikinci fıkrasında, “Devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.” hükmü yer almıştır. Buradaki “**milli ekonominin gerekleri**” ve “**sosyal amaçlar**” son derece belirsiz kavramlar olup her türlü yoruma (ve uygulamaya) açıktır. Bu nedenle yeni anayasada yer almamalıdır.

Aynı şekilde, “Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi” başlığını taşıyan 167. m. hem “**belirsizlik**” ve hem de “**parlamentonun görevlerinin hükümete devri**” yönünden son derece sakıncalı bir hükümdür.

Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “..... piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı tedbirleri alır.” ibaresi son derece belirsiz olup, siyasi iktidara çok geniş bir müdahale imkanı vermektedir. Bu sözcükler yerine “serbest rekabeti sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır.” ibaresinin konulması, belirsizliği kaldırmak için gereklidir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası Bakanlar Kurulu'na ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine “... ek mali yükümlülükler koymaya ve kaldırmaya yetki” vermektedir. Böyle bir düzenleme, herşeyden önce parlamento verilmiş vergileme yetkisinin hükümete devri anlamına gelir. Ayrıca siyasi iktidarın, özel sektör üzerinde ağır baskılar uygulamasına imkan vereceği gibi dış ticaret rejimini tümüyle belirsiz kılar. Bu nedenle 167. m'nin 2. fıkrası anayasadan tümüyle çıkarılmalıdır.

## Diğer Hükümler

### A. Belli kesimlere Ayrıcalık Tanınmaması

Anayasada toplumun belli bazı kesimlerine, devletin farklı davranmasını ve onlar lehine bazı düzenlemeler yapmasını emreder hükümlere yer vermesi yukarıda hakları tartışırken de belirttiğimiz gibi “**kanun önünde eşitlik**” ilkesine ve anayasal düzenlemenin özünü oluşturan “**toplumsal uzlaşma**” ilkesine aykırıdır. Bu nedenle;

- a. “tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması” başlıklı **45. m.**;
- b. “Çalışanlar” ile ilgili **49.m.**
- c. “Sanatın ve Sanatçının Korunması” başlığını taşıyan **170. m.**
- d. “Orman Köylüsünün korunması” başlığını taşıyan **175. m.**;
- e. “Esnaf ve Sanatkarların Korunması” başlıklı **173. m.**;

anayasadan çıkarılmalıdır.

### B. Özelleştirme İlkelerinin Belirlenmesi

1982 Anayasası'nın **46.m.**'de “kamulaştırma” ve **47. m.**'de de “devletleştirme” düzenlendiği halde “**Özelleştirme**”yi düzenleyen her hangi bir madde yoktur. Yeni anayasada bu eksiklik giderilmeli, özelleştirmenin hangi koşullarda, nasıl ve hangi kuruluş eliyle yapılacağı belirlenmelidir.

Bu amacı sağlamak için “devletleştirme” ve “kamulaştırma” maddelerini takiben şöyle bir madde anayasada yer alabilir;

#### “Özelleştirme

**Kamu iktisadi Teşebbüslerine ait devlet hisselerinin tamamı veya bir kısmı yerli veya yabancı özel kişi veya kurumlara satılabilir, devlet borçları karşılığı devredilebilir.**

**Hisse senetlerinin satış veya devrinde izlenecek genel ilkeler yasa ile belirlenir.”**

### C. Yerel Yönetimlerin Özerkliği

Güncel konulardan biri de “yerel yönetimlere özerklik verilmesi” konusudur. Demokrasinin gereği gibi işlemesinde, yani halkın kendi kendini yönetebilmesinde, yerel yönetimlerin önemli yararlar sağlayacağı kuşkusuzdur. Ancak merkezi yönetimin yıllarca uygulandığı ülkemizde geekli anayasal önlemler alınmadan “özerk yerel yönetimler”e geçilmesinin telafisi imkansız sakıncalar yaratacağından endişe ediyoruz. Bu nedenle yeni anayasa hazırlanırken;

- Yerel yönetimlere vergi toplama yetkisi verilecek midir, verilecekse hangi vergiler ve ne oranda yerel yönetimlerce alınacaktır? Vergi oranlarını azaltmak veya yükseltmek yetkisi hangi organa verilecektir? Vergi gelirlerinin kontrolü nasıl yapılacaktır?
- Yerel yönetimler hangi yerel hizmetlerin karşılanmasından sorumlu olacaktır? Bu hizmetlerin gerektiği gibi görülüp görülmediği nasıl denetlenecektir? Kara yolu, hava yolu ve deniz yolu ulaşımı ve taşımacılığı ile elektrik, su kanalizasyon gibi alt yapı tesislerinin yapım, bakım ve onarımı yurt düzeyinde nasıl koordine edilecektir?
- Yerel yönetimlerin farklı uygulamaları yurt içi göç hareketlerine neden olursa ne gibi önlemler alınacaktır?

gibi önemli sorunların cevapları da titizlikle düşünülmeli ve anayasaya buna göre ilgili hükümler konulmalıdır.

### D. Anayasa Mahkemesine Başvurma Hakkının Genişletilmesi

Anayasa Mahkemesi, çağdaş hukuk devletinin vazgeçilmez kurumlarından biridir. Bu kurumun kendinden beklenen görevi yerine getirebilmesi için, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkının sendikalara, onların üst kuruluşlarına, resmi ve özel meslek kuruluşlarına, üniversitelere, yerel yönetimlere ve fertlere de tanınması yerinde olacaktır. Bu nedenle yeni anayasada ilgili madde buna göre yeniden düzenlenmelidir.

### E. Endekslleme

Para değerinin düştüğü dönemlerde, yani enflasyon sürecinde, sabit rakamlarla ifade edilen alacak ve borçlar, maaş ve ücret ile vergiler ve benzeri mükellefiyetler ile her türlü para cezası istenmeyen sonuçlar yaratır.

Alacaklılar zararlı, borçlular karlı duruma geçeceği gibi, gelir dağılımı ma-  
aş ve ücretliler aleyhine bozulur. Vergi ve benzeri mükellefiyetler yoluyla  
elde edilen devlet gelirlerinin reel miktarı azalır. Enflasyonun istenmeyen  
bu etkilerini, yeni düzenlemelere gerek kalmadan ve zaman geçirmeden  
ortadan kaldırmak için endeksleme yönetimine başvurulmalıdır. Bu  
amaçla şöyle bir madde konulması yararlı olacaktır:

**“Sabit rakamlarla ifade edilen bütün sözleşmeler, vergi ve benze-  
ri yükümlülükler ile yasalarda yer alan teminat, ceza vb. miktar-  
lar bir önceki dönemin enflasyon oranında arttırılır.**

**Enflasyon oranı Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından aylık ve kü-  
mülatif olarak açıklanır.”**

#### **F. Ekonomik Konsey**

Siyasi iktidarın ekonomik yaşama takdiri müdahalesini azaltmak ve eko-  
nomik yaşamın politize edilmesini önlemek için yukarıda önerilen çareler  
yeterli değildir. Siyasi iktidarı, ekonomik yaşamı etkileyecek yasal düzen-  
lemeler yapmadan önce uyararak, bilgilendirmek ve yasal düzenlemelerin  
hangi koşullarda amacına daha kolay ulaşabileceği yolunda aydınlatmak  
gerekir. Bunu başarabilmek için de siyasi iktidarın yasa çıkarmadan önce  
başta işverenler, işçiler ve bilim adamları olmak üzere toplumun bütün  
kesimleri ile sıkı bir diyalog içinde bulunmasını sağlamak gerekir. Bazı ül-  
ke anayasalarında bulunan **“Ekonomik ve Sosyal Konsey”**e benzeyen  
bir kuruluşun yeni anayasada bulunmasında yarar vardır. Bu amaçla şu  
maddeyi öneriyoruz:

#### **“Ekonomik Konsey**

**Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ele alınacak ekonomik  
içerikli yasa tasarısı ile tekliflerinin ve hükümetin istemesi halin-  
de hükümetçe hazırlanacak kararnamelerin önceden incelenmesi  
ve istişari nitelikli görüş alınması amacıyla bir Ekonomik Konsey  
kurulur.**

**Ekonomik Konsey; Üniversite, İşçi ve İşveren sendikaları üst yö-  
netimi, odalar ve borsalar ile demokratik ilkelere göre kurulup ça-  
lışan özel sektör meslek kuruluşlarından oluşur.**

**Konsey'in kuruluş ve çalışma esasları yasa ile belirlenir.”**

## G. Çevrenin Korunması

Bilindiği gibi, kentleşme beraberinde, başta gece kondular olmak üzere pek çok çevre sorunu getirmektedir. 1982 Anayasa'sının **56. maddesinde** "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir." deniyorsa da bu hüküm, anayasa hukukçularının "program madde" adını verdikleri ve toplumsal özlem ve hedefleri belirleyen ve yaptırımı olmayan bir maddedir. Bu maddenin yerine, çevre kirliliğini onu yaratan faaliyetin başlama aşamasında kontrol altına alacak ve herhangi bir şekilde çevreye verilen zararın tazmin edilmesini şart koşan bir başka madde ile değiştirmek uygun olur. Madde önerimiz şudur:

**"Hiçbir faaliyetin çevre kirliliğine neden olmasına izin verilemez. Başlaması, idari mercilerin iznine bağlı faaliyetlerde, söz konusu faaliyet bu açıdan değerlendirildikten sonra izin verilir.**

**Çevre kirliliğine neden olan bütün özel ve resmi kişi ve kuruluşlar bu kirliliği gidermek ve zarar görenlerin zararını tazmin etmekle yükümlüdür."**

Çevrenin korunması konusu ile yakından ilgili bir başka konu "**Gecekondu**" ve "**Gecekondulara tapu verilmesi**" olayıdır. Siyasi partilerin değişmez vaatlerinden biri haline gelen bu tutumun önüne geçilmesi için Anayasa'ya şöyle bir madde konulması gereklidir:

**"Devlet arazisi üzerine yapılan gecekondu tapu verilmesi ancak o bölgenin yerleşim alanı içinde olması ve cari bedelinin ödemesi koşuluyla mümkündür.**

**Özel arazi üzerine hiçbir nedenle gecekondu yapılmasına izin verilemez."**

## SONUÇ

Yukarıda yapılan açıklamalar ve öneriler anayasal düzenlemeler, "İlk teklif" niteliğinde olup bu konuda bir tartışma başlatmanın ötesinde bir iddiaya da sahip değildir. Bu öneriler ile ilgili eleştiriler ve yeni öneriler ile ilgili gayretler ülke koşullarına uygun bir ekonomik anayasa yapılmasını mümkün kılacaktır.

Yapılacak ekonomik anayasa, siyasi iktidarın ekonomik yaşama takdiri müdahalesini azaltacak, buna karşılık ekonomik yaşamda istikrar ve güveni arttıracak ve "Ver oyunu-al istediğini" alış verişine dönüşen demokrasiyi yozlaşmaktan koruyacak yeni "oyun kuralları" nı belirleyecektir. Prof. James Buchanan'ın sözleriyle söylersek, ekonomik anayasa çağdaş toplumun temel bir sorusuna cevap çabası içindedir. Cevap aranan soru şudur:

**"Kendi değerlerini yaratabilen ve yaratması gereken bağımsız fertler olarak, özgürlüklerimizi korurken, nasıl barış, refah ve uyum içinde birlikte yaşayabiliriz?"**

### **Oturum Başkanı**

---

Çok teşekkür ediyorum Sayın Hocam.

Bu Oturumda gördük ki, Anayasamızın ya da bundan sonra geliştireceğimiz Anayasal düzenlemelerin, ekonomik haklar ve ekonomik hükümler yönünden son derece soyut hükümler taşıdığı ortaya çıktı. Bundan böyle yapılacak düzenlemelerde, anayasalardaki ekonomik hak ve özgürlüklerin ya da hükümlerin siyasi otoriteleri de bağlayıcı nitelikte yaptırımlar içerecek şekilde ön planda düzenlenmesi gerektiği sonucu da ortaya çıkmış oldu.

Bu bölümü kapatmadan evvel, bize verilen zaman da hemen hemen doldu, soru ve cevap bölümünü değerlendirmek istiyorum. Sorusu olanların, sorusunu yazılı olarak buraya iletmelerini rica edeceğim.

Soru olmadığına göre, Oturumu kapatıyorum.

### **Av. Eralp Özgen**

---

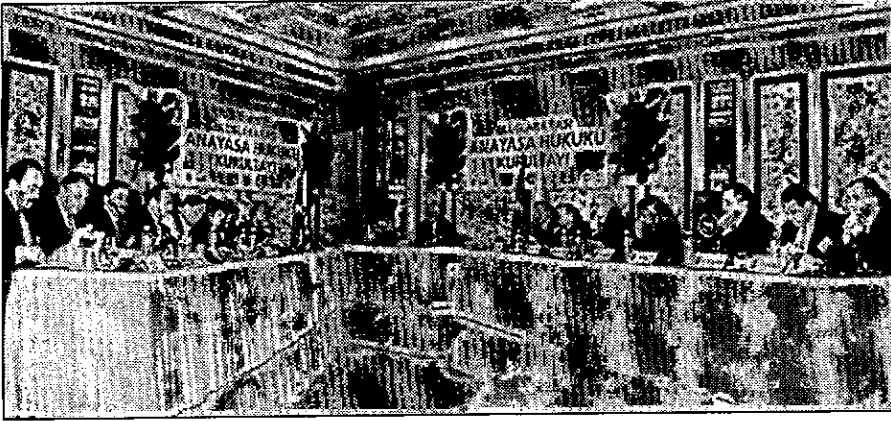
**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

Değerli konuklarımız; çeşitli kişilerden kurultayımızın başarılı geçmesi için telgraflar aldık. Sadece isimlerini sizlere takdim etmek istiyorum ve hepsine de gösterdikleri bu nezaket için teşekkür ediyorum:

Başbakan Sayın Bülent Ecevit, Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı Sayın Mesut Yılmaz, Devlet Bakanı Mustafa Yılmaz, Devlet Bakanı Faruk Bal, Devlet Bakanı Edip Safer Gaydalı, Devlet Bakanı Prof. Dr. Ramazan Mirzaoğlu, Devlet Bakanı Rüştü Kazım Yücelen, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Yaşar Okuyan, Milli Eğitim Bakanı Metin Bostancıoğlu, Çevre Bakanı Fevzi Aytekin, Sanayi ve Ticaret Bakanı Kenan Tanrikulu, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Cumhuriyet Ersümer. Ayrıca milletvekilleri Efe Şahin, Şadan Şimşek, İsmail Kahraman, İsmail Aydın, Ahmet Çakar, Bahri Sipahi, Zafer Güler, Ufuk Söylemez, Yaşar Topçu, Ali Şevki Erek, Ömer Üstünel, Nuri Tahran Atay; Hacettepe Üniversitesi Rektörü Sayın Prof. Dr. Tuncalp Özgen, Samsun Valisi Sayın Muammer Güler, Barolar Birliğimizin eski Yönetim Kurulu Üyesi Av. Turan Aslan, Mühendis ve Mimar Odaları Başkanı Sayın Kaya Güvenç ve bize büyük katkılarda bulunacağını her zaman vaat eden Çağdaş Yaşamı Destekleme Derneği Başkanı Sayın Prof. Dr. Türkan Saylan. Hepsine huzurunuzda ayrıca teşekkür ediyorum.



**FORUM - AÇIK TARTIŞMA**  
**"TÜRKİYE İÇİN NASIL BİR ANAYASA**  
**BİR ANAYASA MODELİ"**



**Oturum Başkanı**

**Prof. Dr. Erdoğan Teziç** (Galatasaray Üniversitesi Rektörü)

**Konuşmacılar**

**DSP Temsilcisi Tayfun İçli**

**MHP Temsilen Dr. Oktay Vural** (MHP Grup Başkanvekili)

**ANAP Temsilen Beyhan Aslan** (MHP Grup Başkanvekili)

**FP Temsilen Bahri Zengin** (İstanbul Milletvekili - FP Genel Başkan Yrd)

**DYP Temsilen Av. Ahmet İyimaya** (Amasya Milletvekili)

**CHP Temsilen Prof. Dr. Oya Araslı** (CHP Genel Başkan Yrd.)

**HADEP Temsilen Hamit Geylani**

**Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu**

**Prof. Dr. Alain Bockel** (Galatasaray Üniversitesi/Orléans Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Av. Eyüp Sabri Çepik** (Şanlıurfa Baro Başkanı)

**Oktay Ekşi** (Basın Konseyin Başkanı-Gazeteci-Yazar)

**Av. Teoman Ergül** (Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi)

**Prof. Dr. Zafer Gören** (Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi)

**Prof. Dr. Zeki Hafızoğulları** (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Av. Hakkı Suha Okay** (Ankara Barosu Önceki Başkanı)

**Doç. Dr. Firuz Demir Yaşamış** (Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi)

**Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu** (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## Prof. Dr. Erdoğan Teziç

Galatasaray Üniversitesi Rektörü

Anayasa Kurultayının son gününün ikinci oturumunu açıyorum. Hepiniz hoş geldiniz.

Bu toplantının düzenlenmesinde gösterilen olağanüstü gayret ve düzen için ben ve arkadaşlarım adına Türkiye Barolar Birliğine teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Arkadaşlarım konuşmalarına başlarken herhangi bir teşekkür ifadesini kullanmamak için bu yetkiyi bana vermişlerdi, ben de onlar adına bu yetkiyi burada dile getiriyorum, zaman kazanmak açısından da önemli tabii.

Bugünkü oturum, kurultay kitapçığının amaç bölümünde de belirtildiği gibi, Anayasanın sistematik ve bütüncül bir tutumla tartışılmasının, çağdaş bir Anayasanın oluşmasına ışık tutma, amaç bu. Böyle olunca, konuşmacılar, şu çerçeve içinde görüşlerini dile getirecekler. Bütün anayasalara hakim olan bir sistematik vardır. Bir anayasa metni, temel hak ve özgürlükler, siyasi haklar dahil olmak üzere, yasama-yürütme ilişkileri ve bu ilişkilere göre ortaya çıkan hükümet rejimi, parlamenter, başkanlık, yarı başkanlık ya da meclis hükümeti gibi ve nihayet yargı bağımsızlığı. Tabii yargının bağımsızlığı, yasama-yürütme ilişkileri, kendi alt başlıklarını da içerir. Konuşmacılar, bu çerçeve içerisinde görüşlerini dile getirirken, teknik ayrıntılardan çok, yapılması düşünülen ya da yapılan, yapılacak olan Anayasa ışık tutacak görüşlerini burada dile getirmeye çalışacaklar.

Burada iki husus var; biçime ilişkin ve esasa ilişkin, içeriğe ilişkin. Eskilerin kullandığı bir deyim vardır, hukukçular bunu sık sık kullanır: "Zarf, mazrufu belirler." Bizim bu toplantımızda belki daha doğru olanı, mazrufun zarfı belirlemesi biçimine dönüşecektir. Sebebi de şuradan kaynaklanacaktır: Biliyorsunuz bugün Anayasal sorunlarımızı aşabilmek için iki bakış açısı var: Biri, yepyeni bir Anayasa yapma düşüncesi; ikincisi de zaman içinde Anayasanın değiştirilmesi, kısım kısım değiştirilmesi. Tabii burada bu soruyu aşabilmek için, bu tercihi aşabilmenin bir ölçütü, gerçekçi olmak. Gerçekten de bu Parlamentonun çatısı altında zor da olsa kıs-

mi değişikliklerle mesafe almak mı; yoksa bu Parlamantonun çatısı altında uzlaşmaların zorluğu dikkate alınır, yepyeni bir Anayasayı gündeme getirmek isabetli bir tutum olabilir mi? Öyle gözüküyor ki sırf Anayasayı oluşturmak üzere bir kurucu Meclis de oluşturulsa, bunun yapısında da aynı sorunlar ortaya çıkacaktır.

Anayasa, mutabakat sağlanması, uzlaşma sağlanması en zor alandır; çünkü siyasi tercihlerin hukuka dönüşmesi, bu uzlaşmayı ve birlikte hareketi gerektirir. Bu mutabakatı beklemek, sabırsız olmak da büyük ölçüde haksızlık oluşturur; deneyler bunu gösteriyor, bütün Anayasa yapıma ve değiştirme süreçlerinde bu tür tıkanıklar olur. Bunlara sabırla yaklaşım, zaman içinde mesafe almayı; ama ikna olarak mesafe almak, Anayasanın sürekliliğini sağlamak açısından da tercih edilen yol olarak gözüküyor. Tabii bu tartışmalarda ortaya çıkacak bir husus, olacak da büyük ölçüde.

Sonradan zaman kaybetmemek için, usule ilişkin olarak bir-iki dakikanızı daha alacağım. Konuşmacıların her biri, görüşlerini 15'er dakika süreyle dile getirirlerse, toplam 4,5 saat yapıyor. Bugün hepimize hakim olan endişe, sizleri yormamak. Hiçbir öğrenciyi 4,5 saat bir ders ortamında tutamazsınız; tecrübeyle sabittir ki, 20 dakika sonra çocuk sıkılır. Onun için biz hocalar, hep o özlü 20 dakikada vereceğimizi 50 dakikanın içine yayararak, sıkmadan dinletmeye çalışırız, hüner oradadır. Bugün tecrübelerine güvendiğimiz deneyimli arkadaşlarımız, sizleri sıkmadan ve bana yardımcı olacaklarından emin olarak bu zaman dilimini renkli bir şekilde kullanmaya çalışacağız.

Tabii dikkat edilmesi gereken bir nokta daha var. Bu, hem toplumun Anayasa sorunlarına ilgisi, hem de bizim burada tartışmaları, görüşleri dile getirirken dikkat edeceğimiz, pek de kötümser olmamız gereken bir nokta. O da sık sık dile getirilen bir husus vardır: Anayasa sorunlarına toplumun ilgisinin pek yüksek olmadığı, yaygın bir ilgi alanı olmadığı yönündedir. Tabii şu ikisini ayırmak lazım: Bütün Anayasal sorunlar, siyasi ve hukuki cephesiyle; şu Antik çağdaki kutsal Janus, Tanrı Janus gibi ikiyüzlü. Bu iki cepheden siyasi plandaki coşkulu, heyecanlı görüşler, açıklamalar hep sürükleyici olmuştur, ilgi çekici olmuştur ve böyle de olacaktır. Ancak, teknik hukuka yönelik olanları, kuru hukuk insanların çabuk ca-

nını sıktağı gibi, kamuoyunda da ilgi toplamaz; onun uzmanları kendi aralarında tartışırlar. Basında da, medyada da bunların yer almasından fazla üzülmek lazım, işin doğrusu budur. Teknik taraflara kaydıka, medyatik ilgi de azalmaya başlar, ama siyasi boyutlara taşındığı zaman bu ilgi çoğalır.

Buğın siyasiler ilk kez belki teknik bir bakış aadıına fazla girmeden görüşlerini dile getirmenin hünerini gösterecekler burada. Katıldıkları için teşekkür ediyoruz; çünkü asıl Anayasanın yapımı ya da değiştirilmesi, oradan gelecek heyecana ya da isteğe bağlı olacaktır. Akademisyen arkadaşlarımız da burada görüşlerini belirtirken neler ortak ortaya çıkacaktır, bu önemlidir. Herkesin her noktada uzlaşması beklenemez, beklenmemeli de. Önemli olan, bütün konuşmalarda hangi ortak noktalar ortaya çıkıyorsa, bu noktadan hareket ederek değiştirme kapılarını açabilmek, -bu da bir hünerdir- küçük değişikliklerle hayli mesafelerin de alınma olasılığı var. Onun için, konuşmaları 15'er dakika ile sınırlarken, 13.30'da bir ara vereceğiz, 14.00'da toplantı tekrar başlayacak. Benim yaptığım hesaba göre, bir zaman aşması yapmamak için 16.15'te bir ara verirsek sizlerin yorgunluğunu giderecek bir zaman dilimi olacaktır. Nihayet 16.15'te başladığımızda, 17.00-17.15 gibi ilk turu tamamlamış olabiliriz. Ondan sonra da artan zamanda bir ikinci tur ve belki de sorulara cevap verme gibi bir ortam da oluşabilir. Onun için bu uzun maratonda konuşma masasında oturan arkadaşlarımızın zaman zaman gereksemeleri için çıkıp girme imkânları da vardır, kendilerini iskemlelerine bağlı hissetmesinler, böyle bir özgürlük içinde de bu 17 kişiyi ancak burada konuşturma imkânına ulaşabiliriz.

Sizlere, daha başlamadan sabırlar diliyorum.

Sözü, broşürdeki sıraya göre kaideten -demek ki istisnası olabilecek. Onun için uçak, zaman aadıından özellik taşıyanlara biraz atlayarak da bu konuşma sırasını değiştirme zorunluluğu ortaya çıkacaktır.

Ben, ilk sözü, broşürdeki sıraya göre DSP Temsilcisi Tayfun İcli'ye veriyorum.

Buyurun Tayfun bey.

Sayın Başkanım, değerli hocalarım, değerli meslektaşlarım; Cumhuriyetimizin ilk hukukçu, Anayasacı Başkanı, Cumhurbaşkanı Büyük Önder Mustafa Kemal Atatürk'ü anmadan, şükranlarımızı sunmadan geçemeyeceğim. Tüm çalışmalarını Anayasaya, yasalara dayamak isteyen Büyük Önder, ulusal kurtuluş savaşı yıllarında dahi hukukun çizgisinden, ulus iradesinden ayrılmamış, savaşlarını kongrelerle başlatmış; sonunda Meclis yönetimine geçerek ulus egemenliğini her şeyin üstünde tutarak Cumhuriyete, demokratik laik hukuk devletine ulaşmıştır. Tekrar Büyük Önderi saygıyla, şükranla anıyoruz.

Türkiye için nasıl bir Anayasa-bir Anayasa modeli olması gerektiği, çok uzun yıllar tartışılmıştır. Bu konu bugün nasıl tartışılıyorsa, gelecekte de tartışılacaktır. Konuşmamda, Anayasacılık hareketinin tarihsel geçmişine değinecek değilim, yine üstatların yanında bilimsel tanımlamalara da girmeyeceğim; bu konuda Anayasa hukukçularının çok değerli çalışmaları ve önerileri bulunmaktadır. Esasen halen devam etmekte olan Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı, farklı kesimlerce yapılmış olan çalışmaların ve görüşlerin güncelleşmiş bir sentezini ortaya koymaktadır.

Yapılan konuşmalar ve sunulan bildirimler, şüphesiz Anayasa hukukçularına çok büyük katkıda bulunacaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu ve Uzlaşma Komisyonu üyeleriyle siyasi parti temsilcilerimiz, bu değerli önerilerden şüphesiz yararlanacaklardır.

Anayasacılık hareketi, geçmişten günümüze değişen, değiştiği kadar da gelişen bir hareket, bitmeyecek bir süreç; insan değişip geliştikçe, yeni yeni unsurların eklendiği bir süreç; durağan değil, sürekli değişen ve gelişen bir süreç. Anayasa, hukuk gibi toplumsal tabana dayalı bir üstyapıyı oluşturmaktadır. İçerdikleri evrensel kurallar, buldukları topluma göre biçimlenir, toplumsal değişim ve gelişime göre de şekillenir. Barolar Birliği Sayın Başkanı Eralp Özgen, açılış konuşmasında, 1982 Anayasasının tamamının değiştirilerek sil baştan bir Anayasa yapılmasının gerektiğini

öne sürmüştü, bazı hukukçular da aynı görüşteler. Bu, gerçekçi bir yaklaşım mıdır, olabilirliği nedir? Sil baştan yepyeni bir Anayasanın, ancak bağımsızlık mücadelesi sonucu oluşan devletlerde, ayrıca darbeler ve olağanüstü dönemlerde yapıldığını görmekteyiz. Zira böyle dönemlerde, toplumsal uzlaşma aranmamakta, otoriter bir anlayışla sayısal üstünlüğün sağlandığı bir mecliste Anayasa yapılabilir. Anayasamızın 175. Maddesine göre; Anayasa değişikliği, halk oyuna gidilmeksizin, ancak 367 oyla Meclisten geçebilmektedir. Anayasamızın bir maddesinin bir kelimesinde dahi yapılacak değişiklik için toplumsal uzlaşma sonucu 367 oya gerek varken, Parlamento'nun bugünkü yapısını görmezden gelip sil baştan Anayasa yapma talebi gerçekçi olamaz. Böyle bir sayısal çoğunluğa ulaşabilmek, yakın gelecek için de mümkün görülmediği gibi; sayısal çoğunluğa ulaşılsa dahi, toplumun geniş kesimlerince uygun görülmeyen, desteklenmeyen böyle tümünden bir değişikliğin yaşama geçirilmesi söz konusu olamaz.

1982 Anayasası, buna benzer görüşlerin sonucunda oluşan antidemokratik bir ortamda hazırlanmıştır. Olumsuzluklar halen tartışılmakta olup, olumsuzlukların giderilmesi bizlere düşmektedir. Parlamento, farklı kesimlerin, farklı siyasi tercihleri olan kimselerin temsilcilerinden oluştuğuna göre, yapılacak Anayasa değişikliklerinin uzlaşma içerisinde yapılması zorunludur. Anayasalar, kolay değişebilen kuralları içermediğinden ve Anayasada bu konuda bağlayıcı ve zorlayıcı hükümler bulunduğu için, Anayasa değişikliklerinin toplumun geniş kesiminin uzlaşmasını sağlayan metinler haline dönüştürülmesi zorunluluk haline gelmektedir. Bu da o kadar kolay bir iş değildir.

Değişiklik istemleri Parlamento'nun gündemine gelmeden, bilim çevrelerince ve toplumun çoğunluğunca tartışılarak toplumsal uzlaşma sağlanmalıdır. Parlamento sürecinde ise, uzlaşılan konular metinlere dönüştürülmesi ve bu metinler üzerinde de hemfikir olunmalıdır.

Bilindiği gibi, Anayasamızın 175. Maddesi, 5'te 3, 5'te 2 gibi nisaplar aramaktadır. 330-367 arasında kalan oylamaların halkoyuna sunulması Anayasa gereğidir. Anayasa değişikliği için halkoyuna gidilmesi de, ekonomik sıkıntı içinde bulunan bir ülkenin sık sık ve kolayca başvuracağı bir yol olamaz. 1961 ve 1982 anayasaları tepkisel anayasalardır. Bu nedenle, ay-

rıntıya giden kısıtlama ve sınırlamalar bulunduğu gibi, çok ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Demokrasinin işlerliğinin olduğu toplumlarda, süreç içerisinde antidemokratik hükümler ortadan toplumsal uzlaşa sağlanılarak giderilebilmektedir. Bunun uzun bir süreç olduğu doğrudur; ama aynı zamanda sağlıklı bir süreçtir. Birkaç yıl önce değiştirilmesine gerek duymadığınız bir hüküm, zaman içinde önem ve gereklilik kazanabilir.

Toplumsal ve sosyolojik olaylarda, kriterleri oluştururken, çoğu zaman objektif değerlendirmelerden kaçınılıyor. Dışarıdan çok rahat önerilerde bulunabilirsiniz; ancak bu mekanizmanın içinde yer aldığınızda, yani elinizi taşın altına sokup sistem içinde yer aldığınızda, sistemi tanıdığımızda, işin o kadar da kolay olmadığını görüyorsunuz. Gerçekçi düşünüyorsunuz o zaman, taraf değilken yetki ve özellikle sorumluluk sahibi olmadığımızda, kulağa hoş gelen şeyler söylemek kolay oluyor, “bu şöyle olsun, bu böyle olsun” demek kolay oluyor. Sahip olmayı hayal edemeyeceğiniz yetkilerin sınırlandırılması konusunda çok uç iddialarda bulunabiliyorsunuz. Bunun günümüzde örnekleri çok; bu yetkiler kaybedildiğinde de benzer öfkeleri sıkça işitebiliyorsunuz. Onun için Anayasa değişiklikleri gündeme geldiğinde veya hukuksal bir kural koymak durumunda kaldığınızda, hukukun üstünlüğü yanında, gerçeklik, olabilirlik, güncellik, toplumsal olmak gibi kavramları dikkate almak zorundasınız.

Yıllardır bölücü ve irticai terörle yaşamak zorunda bırakılan, ekonomisi zayıflatılmış bir ülkede, Anayasayı değiştirmek konusundaki refleksinizi ani bir refleks haline dönüştürmeniz çok zordur. Siyasi, kültürel, ekonomik anlamda farklılıklar taşıyan toplulukların ve de diğer yandan siyasi partiler, Anayasal kurumlar, sivil toplum örgütleriyle etki gruplarının öncelikleri hep farklı olmaktadır. Bırakın Anayasayı değiştirmeyi; hukuksal bir düzenleme yapmanız konusunda dahi toplumsal uzlaşmayı sağlamanız, toplum desteğini almanız şarttır.

Tüm bu açıklamalardan sonra, Demokratik Sol Partinin, Türkiye için nasıl bir Anayasa-bir Anayasa modeli düşündüğünü de aktarmak isterim:

Demokratik Sol Parti, ulusal uzlaşmayı sağlayacak bir Anayasa hazırlanmasını öncelikli görevleri arasında saymış ve bu konunun Mecliste süratle ele alınması için gerekli çabayı göstermiştir. Anayasamızda yapılması

gereken değişiklikler ile gerçek ve katılımcı demokrasiyi hayata geerirken, hukuk devletini, ülke bütünlüğünü ve ulusal birliğimizi, ülkemizde demokrasinin ve ulusal birliğin de gereği olan inançlara saygılı bir laik düzeni, insan hak ve özgürlüklerini sağlam güvencelere bağlamalıdır. İnsan hakları ve özgürlükleri konusundaki eksikliklerimizi süratle gidermek, bizim kendi insanımıza olan borcumuzdur. 1982 Anayasasının 19 maddesi, 1987, 1993 ve 1995 yıllarında yapılan düzenlemelerle değiştirilmiştir. 21. Dönem bu Meclis ile de 4 Anayasa değişikliği gerçekleştirilmiştir. 21. Dönem Meclis, Devlet Güvenlik Mahkemelerini sivilleştirerek hukuk açısından önemli bir icraata imza atmıştır. Anayasanın 143. Maddesinde yapılan değişiklik sonucu, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde artık askeri yargıç ve savcılar görev almayacaktır. Yine Anayasanın 47, 125 ve 155 inci maddelerinde yapılan değişiklikle, özelleştirme ilk kez Anayasal bir dayanağa kavuşturulmuştur.

Yapılan Anayasa değişikliklerine yenilerinin süratle eklenmesi zorunludur. Milletvekili olabilme yaşımln hâlâ 25'e indirilmemiş olması, rejimin büyük bir ayıbıdır. O yüzden, nüfusumuzun yüzde 70'ine yaklaşan gençlik, Türkiye Büyük Millet Meclisinde temsil edilememekte, sorunlarını ancak meydanlarda, sokaklarda dile getirebilmektedirler. Demokrasimizin bu eksikliği giderilmeli, böylelikle ülke yönetiminde gençliğin dinamizminden ve idealizminden yararlanılmalıdır.

Yüksek Öğretim Kurumuyla ilgili olarak Anayasada değişiklik yapılarak, üniversite özerkliği daha çağdaş normlara kavuşturulmalıdır. Anayasanın 159. maddesi değiştirilerek, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanlığının yetkileri sınırlandırılmalı ve bu kurul daha demokratik bir düzene kavuşturulmalıdır. "Kurum kararlarına karşı yargı merciine başvurulamaz" şeklindeki hüküm Anayasadan çıkartılmalı; terfi, nakil ve atama kararları dışında, Hâkim ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları yargı denetimine açık olmalıdır. Çalışanların haklarına Anayasayla getirilen bütün çağdışı sınırlamalar kaldırılmalı; işçilerin 1963'te kazandıkları toplu sözleşme ve grev hakkına getirilen büyük kısıntılar giderilmeli, kamu çalışanlarına da belirli ölçüler içinde toplu sözleşme ve grev hakları tanınmalıdır.



Vatandaşlar arasında ayrımcılık yaratan milletvekillerinin, bakan ve başbakanların dokunulmazlıklarının kaldırılmasını zorlaştıran Anayasa hükümleri değiştirilmelidir. Anayasadaki düzenleme biçimine göre, yasama dokunulmazlığı, adi suçlarla ilgili iddialar bakımından milletvekilleri hakkında soruşturma yapılmasına bile olanak vermemektedir. Kamu vicdanını rahatsız eden bu duruma son vermek ve milletvekillerini gereksiz bir koruma zırhına büründürmemek için Anayasanın 76. maddesinde, zaten milletvekilliğine seçilme engeli olarak gösterilen zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık gibi suç iddiaları dolayısıyla da soruşturma açılması ve yargılama yapılmasının yasama dokunulmazlığı dışına çıkarılması uygun olacaktır. Böyle bir değişiklik, asılsız suçlamalarla töhmet altında kalan milletvekillerinin yargı önünde aklanmasına fırsat verilmesi ve genel olarak milletvekilliği saygınlığının yükseltilmesi bakımından da yarar sağlayacaktır. Yapılacak bu düzenlemeyle, ayrıca milletvekillerinin işledikleri iddia edilen suçlarla ilgili soruşturma usulleri ve kuralları da yeniden saptanmalıdır.

Sendika ve meslek odası yöneticisi, denetçisi ve avukatlarının aynı zamanda milletvekili olabilmelerini yasaklayan Anayasanın 82. maddesi değiştirilmeli, böylelikle toplumsal örgütlerin Büyük Millet Meclisinde temsil edilmesinin önündeki engeller kaldırılmalıdır. Vatandaşlık hakkıyla ilgili Anayasamızın 66. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesi, kadın-erkek eşitliğine aykırıdır. Ondaki sonraki fıkralarda, bu temel hakkın aşırı ölçüde sınırlandırılmasına yol açıcı niteliktedir. Onun için bu maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinden sonraki cümleyle fıkralar çıkarılmalıdır.

Anayasanın geçici 15. maddesinde belirtilen ve o dönemde çıkarılan yasa ve yasa hükmündeki kararnamelerin Anayasaya aykırılığının öne sürülmeyeceğine ilişkin hükmünün de değiştirilme zamanı gelmiştir. Bu konuda Anayasa değişikliği, Anayasanın 69 ve 101 inci maddeleriyle birlikte Meclis gündeminde olup, çalışmalar Anayasa Komisyonunca alt komisyona havale edilmiştir.

İdam cezası, taraf olduğumuz uluslararası sözleşme hükümleri de dikkate alınarak, belirli istisnalar dışında kaldırılmalıdır. Hukuk sisteminde yer alan, ancak yıllardır uygulanmayan bu ceza, ağırlaştırılmış ömür boyu ağır hapis cezasına dönüştürülmelidir. Demokratik Sol Parti olarak,

programımızda olsun, seçim bildirgemizde olsun, idam cezalarının kaldırılması gerektiği, idam cezasının çağdaş hukuk sisteminde yerinin olmayacağı bildirilmiştir. İdam cezasını hukukumuzda muhafaza etmekle, hukuk sistemimizi daha güçlü kılmadığı gibi, etkinliği de azaltılmaktadır. Birçok ülke, suçluları, ülkemizde idam cezası bulunduğu gerekçesiyle iade etmemekte, suçlar cezasız kalmaktadır.

Parlamentar rejimin dünyadaki diğer örneklerine uygun olarak, Cumhurbaşkanlığının görev süresi 5 yıl olarak belirlenmeli; aynı zamanda, aynı kişinin bir kez daha Cumhurbaşkanı seçilebilmesi imkânı getirilmelidir. Anayasanın 101. Maddesinde yapılacak bu düzenlemeyle, tecrübesinden faydalanılacağına inanılan Cumhurbaşkanının tekrar seçilmesinin istikrar sağlayıcı nitelikte olduğu değerlendirilerek, bir kimsenin üst üste veya farklı zamanlarda en fazla iki kez Cumhurbaşkanı seçilebilmesine imkân tanınmalıdır. Cumhurbaşkanına, Anayasanın 104, 146, 154, 155, 159 uncu maddeleriyle aşırı ölçüde yetkiler ve geniş atama yetkileri tanınmıştır. Nitekim Sayın Cumhurbaşkanımız, 25 Nisan 2000 tarihli konuşmasında, "Cumhurbaşkanına verilen yetkiler, parlamenter demokrasinin sınırlarını aşmaktadır. Demokratik devlet düzeninde, ulusal iradeyi temsil eden parlamento dışında, sorumsuz bir Cumhurbaşkanının yönetimi paylaşması ve tek başına önemli yetkiler kullanılması kabul edilemez" diyerek Cumhurbaşkanının yetkilerinin kısıtlanmasını istemiştir. Başkanlık sisteminin uygulandığı demokratik ülkelerin çoğunda bile Cumhurbaşkanına bu kadar geniş yetkiler tanınmamıştır. Amerika Birleşik Devletleri Başkanının yaptığı atamaların çoğu da Kongre onayına sunulmaktadır.

Yürürlükteki seçim sisteminin adaletsizliği, Cumhurbaşkanına tanınan yetkilerin genişliğini büsbütün sakıncalı kılmaktadır. Onun için Cumhurbaşkanının atamalarla ilgili yetkisi kısıtlanmalıdır. Anayasamızın 105. maddesinde, "Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı mercilerine başvurulamaz" hükmü, Cumhuriyetimizin demokratik hukuk devleti niteliğiyle bağdaşmadığı gibi, keyfi uygulamalara yol açabilir. Bu nedenle, maddeden bu hüküm çıkarılması gerektiği gibi, Anayasanın 125. maddesindeki benzer hükmün de metinden çıkarılması gerekmektedir.

Meslek kuruluşlarının dayanışmasını, siyasal katılımını engelleyen Anayasamızın 135. maddesinin 3 ve 4 üncü fıkraları maddeden çıkarılmamıştır.

Sayın Başkanım, değerli meslektaşlarım; zaman darlığı nedeniyle birkaç örnekle yetinebildim. Ancak, genel bir çerçeveye çizecek olursam; Demokratik Sol Parti olarak, temel hak ve özgürlüklerin kısılmasına yol açan hükümleri kaldırmayı, onların yerine insan onurunu her durumda ve koşulda korunması gereken bir değer olarak kabul eden, temel hak ve özgürlükleri genişleten, insan haklarına ilişkin evrensel ve uluslararası bildiri ve sözleşmelerle benimsenmiş, çağdaş normlara uygun kurallar konulmasını ilke edinmekteyiz.

Sabrınız için teşekkür ediyorum, saygılarımı sunuyorum.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Tayfun İçli'ye ben de teşekkür ederim.

İkinci konuşmacı, Milliyetçi Hareket Partisini temsilen, Grup Başkan Vekili Dr. Oktay Vural; buyurun.

### **Dr. Oktay Vural**

---

**MHP Grup Başkanvekili**

Öncelikle katılanlara iyi günler diliyorum; her ne kadar selamlama yasaklanmışsa da...

Tabii nasıl bir Anayasa istiyoruz? Ben, analitik olarak Anayasanın maddelerini, şu maddesinin değiştirilmesi değil de, acaba bu Anayasada temel tercihlerimiz ne olmalıdır? Bu sorunun cevabını bulabilmek için, "nasıl bir Türkiye istiyoruz" sorusuna cevap verebilmemiz lazım. Şüphesiz "nasıl bir

Türkiye istiyoruz” sorusuna cevap verebilmek için, Türkiye’deki sorunları nasıl algılıyoruz; globalleşme vetiresinde dünyadaki gelişmeleri nasıl algılıyoruz ve bu Anayasayla milletimizi hangi noktalara taşımak istiyoruz? Ben, meseleye analitik açıdan değil, sadece belli prensipler dahilinde bakmak istiyorum.

Tabiatıyla öncelikle şunu ifade etmem gerekir ki; Milliyetçi Hareket Partisi olarak, biz, Anayasayı gerçek bir toplum sözleşmesi ve demokrasi belgesi olarak görmek istiyoruz. Bu bakımdan da yalnızca belli bir kesimin görüş ve düşüncelerini değil; mümkün olduğunca geniş, toplumun tüm kesimlerinin değer ve tercihlerini, Cumhuriyetimizin kuruluş esasları, Atatürk ilke ve inkılapları, uluslararası yükümlülüklerimiz, çağdaş hak, özgürlük ve devlet anlayışlarının süzgecinden geçen, Türkiye’yi 21. yüzyılda daha mutlu, huzurlu yapacak bir Anayasa. Şüphesiz bütün bu sorulara cevap verebilmek için, aslında ortaya koymamız gereken husus; dünyadaki gelişmelere nasıl bakıyoruz ve bu dünyadaki gelişmelerde Anayasamızın vazgeçilmez temel yaklaşımları ne olmalıdır, bunları sizlere aktarmak istiyorum.

Şüphesiz globalleşmenin getirdiği en önemli hususlardan biri, çoğulculuk; çoğulculuk içerisinde demokrasi, demokrasinin giderek evrensel boyut kazanması ve globalleşmeyle beraber giderek artan teknolojik ve mali, finansman açısından geniş bir rekabetin oluşması. Böyle bir durum içerisinde, globalleşme vetiresinde, birincisi insan hakları meselesi geniş olarak bir evrensel boyut kazanmaktadır; ikincisi de rekabet evrensel bir boyut kazanmaktadır. Böyle olduğuna göre, evrensel boyutlu bir rekabet olduğuna göre, acaba biz bu evrensel boyutta kendi; yani devletimizin ve milletimizin oluşturduğu bu konumda, milletimizi bu rekabet boyutunda milletimize nasıl güç kazandırabiliriz? Tabii önemli olan, Türkiye’nin bir rekabet gücü kazanması. Böyle bir rekabet gücü kazanmak için, globalleşme vetiresinde iki temel gelişme vardır. Birincisi, globalleşmede sadece insanlar sermayeleriyle, teknolojik imkanlarıyla değil, oluşturdukları değer ve yargı sistemleriyle rekabet ediyorlar; yani beyinleriyle ve eğitim sistemleriyle rekabet ediyorlar. Şu halde birinci husus, bireysellik manasında insan hakları ön plana çıkıyor; ama insanların meydana getirdiği kültürel, sosyal ve kurumsal yapıda rekabet gücünü ortaya koyuyor. Amerika’nın reka-

bet gücünden bahsederken, Amerika'nın arkasındaki değer sistemini, yargı sistemini dikkate almamız gerekiyor. Böyle bakıldığında, açıkçası benim gördüğüm, bizi bir arada tutan ortak değer ve yargılarımızı evrensel normları eklenmiş şekliyle rekabet gücü kazandıran bir sistem. Bu da ortak değer, ortak noktalarımızı ön plana getiren bir sistemdir. Yani ayrışma noktalarını farklılıklara işlev veren değil, ortak değer ve yargılara işlev veren ve toplumsal refah fonksiyonunu oluşturan bir sistemdir. Ki biz bunu açıkçası milliyetçilik olarak adlandırıyoruz. Dolayısıyla nereden bakarsanız bakın, bir toplumun oluşturduğu ortak değer ve yargılar, rekabet gücünü oluşturmada en önemli unsur olmaktadır.

İkinci boyutu da, globalleşmenin getirdiği en önemli husus, bilgi teknolojisinde gelişme ve bilginin globalleşmesi. Bilginin kaynağı insan, insanın yaratıcı zekası, şu halde bir sistemin esasında bu birlik, daha doğrusu globalleşme vetiresinde ortak değer ve yargıları düşünürken, insana önem veren bir sistem olması gerekir. Çünkü insan olmadan, insan aklı olmadan bilgiyi üretmek mümkün değildir; bilgiyi üretmeden de rekabet gücünü kazanmak mümkün değildir. Bilgi, sadece zekanın oluşturduğu bir husus değildir; bilgi, insanın oluşturduğu kültürel ve kurumsal yapıyı da içerir. İnsanın bir arada olduğu kültürel ve kurumsal yapıyı da içerdiğine göre, şu halde bizleri insandan, insanların ve toplumumuzun oluşturduğu ortak değer ve yargıları meydana getirdiğimiz bir sistem düşünüyoruz.

Burada temel olarak vurgulamak istediğim husus şu: Anayasanın, milliyetçilik açısından hepimizin bir arada anlaştığı, ortak değerlerimizi ve yargılarımızı oluşturan bir metin haline gelmesi gerekir. Bu ölçüler içerisinde bakıldığında, gördüğüm üç temel unsur vardır, Anayasada vazgeçilmez olması gereken üç unsur görüyorum. Birincisi hürriyet; yani insan hürriyeti son derece önemlidir, insan hürriyeti olmadan rekabet gücünü kazanmamız mümkün değildir. Ama globalleşme vetiresinde gelişen insan hakları kavramı, insan haklarının bireysel özgürlükler kadar sosyal hakları da ön plana getirmiştir; çevre hakkı gibi bir hakkı ön plana getirmiştir, din gibi sosyal bir vetireyi de ön plana getirmiştir. Dolayısıyla buradan bakıldığında, hürriyeti sorumsuz bir hürriyet ya da sınırsız bir hürriyet anlayışı değil, sorumluluk ahlakı içerisinde olan bir hürriyet anlayışıdır. Zaten globalleşme vetiresinde bütün çağdaş gelişmeler, insanın hürriyeti-

ni kendi isteğiyle de sorumlu hale getirebilmesini içermektedir. Bu bakımdan hürriyeti, sorumlu bir hürriyet anlayışına doğru götüren bir yaklaşımın, biz açıkçası Anayasanın temel yaklaşımlarından biri olması gerektiğini düşünüyoruz.

Tabii insanın hürriyet sahibi olması kadar, adaletli bir toplum içerisinde yaşaması da gerekmektedir. İkinci temel prensip de, adaleti temin edebilecek bir Anayasa modeli olmalıdır. Nedir bu Anayasa modeli? Yargının bağımsızlığını temin edecek kadar ekonomik açıdan toplumsal adaleti de, eşitliği de ön plana getiren, devleti de bu manada vergi ve teşvik politikalarıyla, piyasalara müdahale eden değil ama, vergi ve teşvik politikalarıyla yönlendiren, eğitim politikalarıyla yönlendiren bir adalet anlayışı. Hem adalet anlayışı, bir yandan herkesin toplumsal gelişime, maddi ve manevi gelişimine katkı ölçüsünde hakkettiğini verebilen bir adalet anlayışı, hem de eşitlere eşit şekilde müdahale edebilecek ya da davranabilecek bir adalet anlayışı olmalı. Bütün bu hürriyet ve adalet anlayışını gerçekleştirebileceğimiz bir birlik prensibi vardır. Milletimizin birlik ve bütünlüğü son derece önemlidir. Biraz önce ifade ettiğim gibi, bizim ortak değer ve yargılarımızı temsil eden bir Anayasa olmalıdır ki, bu ortak değer ve yargılarla oluşturduğumuz sistemle biz globalleşmede, küreselleşme sürecinde rekabet gücü elde edebiliriz. Aksi takdirde, bu rekabet gücünü elde etmemiz mümkün değildir. Hiçbir kalkınma politikası, toplumsal refah fonksiyonu olmadan hedefe ulaşamaz. Dolayısıyla birlik prensibi, farklılıklar içerisinde ortak değerlerimizi bir araya getirerek onları kabul eden bir anlayıştır. Farklılıkları dışarıya atan bir anlayış değil, ama farklılıklarımızı bir çatışma alanı haline getirmeden; bir dinsel, etnik ya da mezhep çatışmasına toplumsal bir işlev vermeyen, ancak bu farklılıkları kabul eden ortak değer ve yargıları ifade eden bir birlik prensibi. Tabii birlik prensibinin bir boyutu vardır; bize göre milletlerarası rekabet devam etmektedir. Milletler rekabeti olduğuna göre, her milletin eşit olması gerekir ve bu açıdan da bizim bakış açımıza göre, ırkçı bir yaklaşımla millete bakmak yerine, metafizik bir milliyetçilik anlayışı yerine, her millete eşit bir şekilde bakan bir milliyetçilik anlayışını ön plana getirmek istiyoruz. Şu halde, Anayasada benim görmek istediğim husus, insan hürriyetini ön plana getiren bir sistem, adaleti temin edecek bir sistem. Tabii adaleti temin edecek ekonomik sistem ve yargı sistemiyle ilgili müşahhas olarak söyleyebileceği-

miz hususlar vardır. Diğer yandan da toplumun farklılıklarına toplum işlev veren değil, toplumun ortak değerlerine toplumsal işlev veren bir bilgi anlayışıdır.

Bütün bu sistem içerisinde, tabiatıyla meseleye bir de toplumsal açıdan değil, bir de açıkçası sistem açısından bakmak lazım. Özellikle Anayasa sistematığı içerisinde Sayın Başkan ifade etti; yasama, yürütme ve yargı - ki, yargının önemini belirtmiştim, ama her halükarda sadece yasama-yürütme ilişkileri değil, yasama-yürütme-yargı ilişkileri açısından meseleye bakmak lazım. Bu çerçevede, bu üç erk arasında birbirine tahakküm eden değil, birbiriyle ayrılan, ama işbirliğini de temin eden bir sistem oluşması lazım. Bugünkü sistem içerisinde parlamenter bir sistemden yana olduğumuzu ifade etmek istiyorum. Bu parlamenter sistem içerisinde yürütmenin yasama üzerindeki hakimiyetini yasamaya biraz daha milli egemenliği kullanma konusunda bazı maddelerdeki değişikliklerle yasamaya daha fazla güç verilmesi gerekmektedir. Bugünkü sistemde, yürütmenin yasama üzerinde çok ciddi bir hakimiyeti vardır. Dolayısıyla yasama faaliyeti yaparken, milletvekillerinin yürüttüğü yasama faaliyetlerinde biraz daha yürütmeye bağlı olmaksızın tedbirler alınması gerekir, bunları somut olarak da ifade edebiliriz.

Tabii üç erkin ayrılığı son derece önemli; fakat bunlar devletin yapısal taşları. Bunun ötesinde en önemli gördüğüm husus; devletin bu yapı taşları konusunda vatandaşların bilgi alma hakkı. Bu olmadan hiçbir şeyi kontrol etmemiz mümkün değildir. Yasama, yargı ve yürütme faaliyetleri hakkında vatandaşımızın bilgi edinme hakkını Anayasada düzenlememiz gerekmektedir. “Ya özgürlük ya ölüm” denilmişti; ama günümüzde “ya bilgi ya özgürlük” denilmektedir. Bilgisi olmayan bir kimsenin özgürlüğü kullanması da mümkün değildir. Dolayısıyla bu ölçüler içerisinde gerek yargı, gerek yasama, gerek yürütme açısından şeffaflığı ve vatandaşa karşı sorumluluğu ön plana getiren bir bilgi edinme hakkının düzenlenmesi gerekmektedir. Bilgi edinme hakkı içerisinde medya son derece önemlidir. Medyanın vatandaşlarımızı, kamuoyunu doğru bilgilendirme noktasındaki birtakım zafiyetleri gözden geçirilmelidir. Zaten medyanın dördüncü kuvvet görülmesi, bu faaliyetler hakkında vatandaşın bilgi edinme hakkını düzenlemektedir. Dolayısıyla vatandaşlarımızın bu bilgi alma hakkı

Anayasada yer almalı, bilgi edinme hakkı Anayasada yer almalı ve kanunla düzenlenmelidir.

Anayasada yer almasını gerekli gördüğümüz hususlardan biri de bu üç erk ve dördüncü erk olarak da medyayı bilgi alma aracı olarak düzenliyoruz; ama dördüncü bir erk de ekonomik güçtür. Ekonomik gücün tekelleşmesini önleyici hükümler muhakkak yer almalıdır. Bu ölçüler içerisinde ekonomik gücün yürütme üzerinde etkinliğini azaltacak, siyasetin finansmanını düzenleyecek hükümlerin de Anayasada yer alması gerekmektedir. Son derece önemlidir; evet yasama, yürütme, yargı ayrılmalıdır, ama Türkiye’de yolsuzluklarla bir mücadele de açıkçası siyasetin finansmanı konusunda ilkeler Anayasa sistematığı içerisinde mümkün mü, değil mi, bilmiyorum ama- ekonomik gücün siyaseti yönlendirmesini açıkçası sınırlandırmamız gerekmektedir ve bu bakımdan da toplumsal bir şeffaflığı temin etmemiz gerekmektedir. Siyasetin finansmanı, bence açıkçası sadece ve sadece bir yolsuzluk meselesi değildir. Bu etkinliği vasıtasıyla, toplumsal adalet açısından hakların ve menfaatlerin dağıtımı açısından çok sıkıntılı durumlara gidebiliriz. Ben, bunu Türkiye için de bir tehdit olarak görüyorum.

Tabiatıyla globalleşme vetiresinde, “Nasıl bir Türkiye, nasıl bir Anayasa” sorusuna cevap verebilmek için bunları somutlaştırmak gerekmektedir, bunlar çok ilkesel yaklaşımlardır. Ancak, Türkiye’nin önünü açabilecek temel hak ve özgürlükleri belirtirken “ancak”la sınırlandırmayacak; fakat Anayasamızın da her zaman bir tartışma unsuru olmaktan çıkarılması gerekmektedir. Günümüzdeki Anayasa tartışmaları, maalesef bazı muhtevalar açısından hakikaten tartışma boyutları farklıdır. Halen Cumhuriyetimizi tartıştıyorsak, bu Anayasa tartışması değildir; halen demokrasiyi tartıştıyorsak, bu Anayasa tartışması değildir; halen laikliği tartıştıyorsak, bu Anayasa tartışması değildir, bunlar farklı tartışmalardır. Bu bakımdan, bu temel ilkeleri dikkate alarak, toplumsal uzlaşmayla bu meseleyi acaba lafzıyla nasıl normlaştırabiliriz, bunun üzerinde çalışılması gerekir. Bunu yaparken de topyekün bir Anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesi yerine, maddeler itibarıyla bu hususları dikkate alan bir Anayasa değişikliğinin gerçekleştirilmesini açıkçası ancak mümkün görebiliyoruz. Kaldı ki tek başına bir Anayasayı değiştirebilecek bir güç olsa bile, toplumsal uz-



laşmayı temin etmek sadece sayısal değil, aynı zamanda bütün bu meselelere kendi noktasını değil, başkalarının da kendisini orada bulmasını temin edecek bir iradeyi koymalıdır. Bu bakımdan meseleye bütüncül açıdan bakmamız da pratik olarak mümkün olmadığına göre, Anayasa değişikliğini bence bu maddeler itibariyle değerlendirmek gerekir. Eğer sonunda tartışmalar ışığında herhangi bir şey olursa, o konuda düşüncelerimi ifade etmek isterim.

Teşekkür ediyorum.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Oktay Vural, teşekkür ederim.

Üçüncü konuşmayı, ANAP'ı temsilen ANAP Grup Başkanvekili Sayın Beyhan Aslan.

### **Beyhan Aslan**

---

ANAP Grup Başkanvekili

Efendim, saygıyla selamlıyorum.

Toplum olarak 1839'dan bu yana hep bazen Anayasaya benzer metinleri, bazen de Anayasa dediğimiz metinleri tartışıyoruz, 162 yıldır tartışıyoruz ve tartışmayı bitirdiğimiz gün zannediyorum ki başardık. Her metni yaptıktan sonra da 6 ay sonrasında tartışmaya başlıyoruz. Demek ki bir tatminsizliğimiz var, demek ki başaramadığımız, beceremediğimiz bir olay söz konusu ki tartışıyoruz, tatmin olmuyoruz.

Cumhuriyet öncesi metinlere baktığımız zaman, hepsi içine düştüğü durumdan imparatorluk nasıl kurtulur; onu arama, onu bulmayı hedeflemişler. Yani o zamanki aydınlar, askerler birlikte olup birtakım metinler ortaya koymuşlar. Ancak, bu metinlerin hiçbirinin hiçbir yerinde halk yok, bi-

rey yok. Cumhuriyet dönemine geliyoruz; yine 1921-24, tabii Kurtuluş Savaşının şartlarını bir tarafa bırakırsak, 1961'e kadar 24 Anayasasıyla idare ediyoruz. Ancak, o zaman da tek partili bir dönem var, uzunca bir dönem pek tartışılmıyor; ama daha sonra 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası... Hep tartışıyoruz; 61 Anayasasını 62'den itibaren tartışmaya başladık, 82 Anayasasını 83'ten itibaren tartışmaya başladık, yani ülkemizde bir Anayasa istikrarı yok. Anayasa istikrarı olmayan ülkelerde herhalde hukukun istikrarından bahsetmek hiç mümkün olmaz. İşte onun için diyorum ki bu tartışmaları sona erdirdiğimiz gün başarılı sayılacağız.

1839'dan bu yana baktığımız tüm metinlerde hep devlet odağı var, devlet odaklı olma, devletin ön plana alınması; devletin ilkeleri, devletin nitelikleri hep ön planda ve tabii hazırlandığı zamanın ruhunu aynen anayasalara aktarmışız. Bu ruhun aynen aktarılması gereğidir ki, olağanüstü şartları aynen Anayasaya taşımış ve hep tepkisel nitelikli anayasaları yaşar hale gelmişiz. 1961 Anayasası öncesi rejim ve çoğunluğun diktatoryası, partizanlıklar ve onlara karşı duyulan tepkiler gereği, yine biraz devlet ağırlıklı, ama biraz bireye, biraz şu ana kadar yapılan metinlerin en bireycisi, en özgürlükçüsü olmuş. Ancak, 82 öncesi meydana gelen olaylarda ise bir kaos, bir kargaşa döneminin akabinde, "aman devlet elden gidiyor, rejim elden gidiyor" kaygısıyla bu sefer de rejimi, devleti ön plana alan bir anlayış ortaya çıkmış.

Hepsini incelediğimiz zaman, bugün hukukun ulaştığı noktadan, çağdaş hukukun ulaştığı noktadan, demokrasinin ve insan haklarının evrensel boyutundan meseleye baktığımız zaman, Anayasa metinlerimizin hiçbirinde halk ve birey yok. Ayrıca bu anayasaların yapımında da halk yok. Bu anayasaların yapımında sadece şekli olarak oylamalar ve o zamanın şartlarında tartışmanın yapılamadığı, aleyhine konuşulamadığı, ama sandığa gidip de oy atmanın bir görev olduğu ve oy atmamanın da cezai müeyyidesinin bulunduğu bir ortamda Anayasa için oy veriliyor. İşte halkın Anayasaya katkısı sadece bu.

Beni bugün sevindiren nokta, bu tartışmalarda artık sivil toplum örgütlerinin, halkın oluşudur. Meclise zaman zaman avukat arkadaşlarımızdan, zaman zaman sivil toplum örgütlerinden artık Anayasa metinleri gelmeye başladı veya ilgi duyulmaya başlandı; zaman zaman "şu maddeyi şöyle dü-

zenleseniz olmaz mı” ya da “şöyle bir Anayasa yapsak olmaz mı” şeklindeki görüşler bize iletmeye başlandı. Bu, toplumun gerek birey düzeyinde, gerekse sivil örgütler düzeyinde katılımcılığının artması noktasında sevindirici bir olaydır. Biz bugün çeşitli örgütlerden eğer metinler alabiliyorsak, Meclise metinler gelip onları değerlendirme, onları okuma imkânına sahip oluyorsak; bu, toplum adına bir gelişmedir. Bu, daha önceki yıllarda yaşanmış olaylardı, aydınlarımız dahi karşıdan seyrediyorlardı ve anayasalar milli iradenin eseri, milli iradenin unsuru olmak yerine, daha ziyade olağanüstü şartlarda, o günün şartlarında atanmış arkadaşlarımızın - iyi niyetle diyeceğiz- aldıkları talimatla, “O günkü havayı nasıl yansıtırsanız, bu havayı buraya yansıtın. Bakın, şu tehlikede, bunu bir koruyun; şu olaydan çok çektik, bunu da bir düzenleyin gibi talimatlarla Anayasa yapılmıştır. Bu anayasaların hiçbir yerinde halk yoktur, halksız anayasalardır ve hep devlet odaklı anayasalardır, “devleti nasıl kurtarıyoruz, rejimi nasıl ayakta tutuyoruz” kaygısı ön plandadır, devlet-birey dengesinde hep devlet ön plandadır, birey alttadır; devlet-temel hak ve hürriyetler dengesinde, temel hak ve hürriyetler maalesef hep ikinci plana atılmış durumdadır. Bu da olağanüstü şartların bize verdiği ruhtur, metinlerdir, onu o şartlarda değerlendiriyorum.

Tabii bir de dünyanın geldiği noktaya bakmak lazım: 1961 Anayasasını aşırı dozda tenkit eden bir arkadaşım, bana bir gün dedi ki, “1961 Anayasasını ben haksız yere tenkit etmişim.” “Peki niçin haksız yere tenkit ettiğini söylüyorsun” dediğim zaman, “Ama ben o gün o gözlüklerle bakmıştım; bugün dünyanın geldiği noktada, yani demokrasinin, hukukun üstünlüğünün, insan haklarının evrensel boyutunun geldiği noktadan bakıyorum. O gün toplum kapalı bir toplumdur; 84’ten sonra biz hem sosyal ve siyaset alanında, hem ekonomik alanda dünyaya açıldık; artık demokrasi-den, hukukun üstünlüğünden ve insan haklarının evrensel boyutundan haberimiz olmaya başladı.” Artık bizim imza attığımız uluslararası sözleşmeleri okuma, anlama, içimize sindirme ve o günden bu yana da çok daha fazla sayıda uluslararası imza atmış olmamızı da kastetti. Yani o gün Anayasayı tenkit edenler, bugün daha az tenkit ediyor veya hiç etmiyor.

Demek ki olaya bakarken, biraz da dünyanın geldiği noktayı, hukukun geldiği noktayı iyi tespit etmek gerekir. “Hukuk bugün Batı ülkelerinde hangi noktadadır, bizde hangi noktadadır” meselesini kavradığımız, tespit ettiğimiz an ve içinde bulunduğumuz durumu hukukun geldiği noktayla

kıyasladığımız an, bizim Anayasa yapma gibi bir görevi başarıyla yapacağımıza inanıyorum. Bugün Anayasayı yapmak daha kolay bana göre; çünkü ölçütler belli. Niçin ölçütler belli? Demokrasinin geldiği nokta belli, hukukun üstünlüğü tartışılmıyor, demokrasi artık insan haklarının bulabildiği en mükemmel rejim, kimse tartışmıyor ve insan haklarının evrensel boyutunu kimse tartışmıyor. 21. Yüzyıl, demokrasi yüzyılı, hukukun üstünlüğünün hakim olduğu ve insan haklarının evrensel boyutunun artık tartışılmadığı bir yüzyıl ve ulusal egemenlik kavramının da imzaladığımız sözleşmelerle ve insan haklarının evrensel boyutlarıyla artık milli egemenliğin biraz onlar tarafından çevrelendiğinin de gerçeğini biliyoruz. Yani biz, bugün hiçbir metni İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine aykırı düzenleyemeyiz, hiçbir metni imza attığımız uluslararası sözleşmelere aykırı düzenleyemeyiz. Öyleyse ölçütler bellidir; bu ölçütler çerçevesinde meseleye bakmamız gerekir ve bu bakış açısından olaya yaklaşmamız gerekir. "Nasıl bir Anayasa" dediğimiz zaman, bu tespitler doğrultusunda nasıl bir Anayasa istediğimiz de açıkça ortaya çıkıyor demektir.

Ben, Hocamın konuşmasının başında arz ettiği plan çerçevesinde metinlere biraz yaklaşmak istiyorum; tabii siyasi haklar, fikir ve düşünce özgürlüğü... Siyasi haklar deyince, herkesin bir siyasi partiye üye olması serbesttir, burada bireye bu konuda bir hak verilmiştir, sınırlaması da yok; ama siyasi örgütlenme hakkı da vardır, kurumsal bir teminat da, bireysel teminat da vardır, yani siyasi örgütlenme hakkı da Anayasamızda vardır. Ancak, burada tartışılan nokta, siyasi partilerin kapatılması konusudur ve güncel bir konudur. Anavatan Partisi olarak görüşümüz şu: Siyasi partilerin kapatılması istisna olmalıdır. Esas olan, örgütlenme özgürlüğünün önündeki engellerin kaldırılmasıdır. Ancak, demokrasinin kendi bünyesinde var olan kendisini koruma, kendisini yok etme hürriyetini kimseye bahşetmemenin sınırları daraltılmalıdır ve çağdaş hukukta olduğu gibi, kamu yararı, kamu sağlığı ve yakın tehlike unsurları ön plana alınıp, siyasi örgütlenme özgürlüğünü bu noktadan değerlendirilmelidir.

Bugün tabii ki 69. madde Mecliste tartışılıyor. Bu 69. maddeyi, Anavatan Partisi olarak, Siyasi Partiler Yasasının 103. maddesindeki iptal gerekçelerine ve yine bazı karara katılmayan arkadaşlarımızın, Anayasa Mahkemesi üyelerinin ret gerekçelerini ciddiyetle inceleyip, bu ikisi ara-

sında bir dengeyi kurmamız lazım. Yani hem demokrasiyi koruma, kolla-  
ma; siyasi partilerin Anayasanın 68. maddesindeki şartlara elbette riayet  
etme, ancak buna riayet ederken de örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanma-  
sının, engellenmesinin de önüne geçilmesi, bu dengeyi kurmamız lazım.  
Bu dengenin kurulması da siyasi partilerin kapatılmasının zorlaştırılma-  
sı, ancak imkansız hale de gelmemesidir. Ki, Batı ülkelerinde de siyasi  
partiler kapatılıyor; son örnek, Almanya'daki örnektir. Bu nedenle biz, 69.  
maddeye bu noktadan bakıyoruz; ama siyasi örgütlenmenin önündeki en-  
geller süratle kaldırılmalıdır. Siyasi örgütlenme deyince, tabii sadece siya-  
si partileri kastetmiyoruz; burada sivil toplum örgütlerimizin çoğalması  
ve hakların aranması, bir otokontrol sistemiyle toplumun denetlenmesi,  
sivil toplum örgütlerinin varlığının fazlalığına bağlıdır. Bu nedenle sivil  
toplum örgütlerinin gelişmesi, serpilmesi, fevkalade önemli buluyor ve bu  
konuda da çağdaş hukukun ulaştığı düzeye ulaşmayı temenni ediyoruz.

Kuvvetler ayrılığı ilkesi maalesef teoride var; ama pratikte kuvvetler ay-  
rılığı ilkesinin işleyiş tarzında büyük sıkıntılar var. Bugün çoğunluğu elin-  
de bulunduran iktidar hükümet oluyor; ama Meclisin çalışmalarını yön-  
lendirme de tamamen iktidarın inisiyatifindedir. Bu bugün değil, dün de  
öyleydi, evvelsi gün de öyleydi. Bunun önüne geçebilmek için birtakım dü-  
zenlemeler yapılabilir. Tabii zamanımızın kısıtlı olması açısından, bunu da  
geçmek durumundayım; ama bunu tespit ediyorum.

Yargı bağımsızlığı, bütün siyasi partilerimizin üzerinde birleştiği ve yargı  
bağımsızlığını Anayasada sağlama noktası da bütün partilerimizin kon-  
sensüs sağladığı bir konudur. Anayasa Uyum Komisyonuna siyasi partile-  
rimiz tarafından verilen dilekçelerde bunu açıkça gördük ve yine temiz  
topluma giden yolda Anavatan Partisi olarak dokunulmazlıkların sınır-  
landırılması konusunda imzayı açtık, ama sayımız yetmedi, diğer siyasi  
partilerden destek bekliyoruz. Yine soruşturma komisyonlarının yargıya  
bırakılması, Meclisteki soruşturma komisyonları tamamen siyasi içerikli,  
çoğunluğa dayalı ve "aklandın-aklanmadın" tartışmalarıyla siyaseti kir-  
letmeden de çıkartmak için, Anayasanın 100. maddesindeki soruşturmaya  
Meclisten alıp, daha yargı ağırlıklı bir düzenlemeye gitmek için yine imza  
topladık, bunu da yine Anayasa Uyum Komisyonuna verdik. 101. madde-  
deki, Cumhurbaşkanımızın kanunların tümünü veto etmek yerine bir

maddesini veto etmesi noktasında bir değişiklik istedik; çünkü o da önemliydi. Düşünün ki 1049 maddelik Medeni Kanunu Adalet Komisyonunda görüşüyoruz; 1049 maddelik kanunun 3 maddesini Cumhurbaşkanı beğenmezse ve onu aynen veto ederse, biz 1049 maddeyi Mecliste tekrar görüşmek gibi bir lükse sahip değiliz. 3 maddeyi iptal etmeli ve 3 maddeyi görüşmeliyiz; çünkü zamanlama açısından Meclisin de zamanı çok kıymetlidir. Bunun değişikliğinin süratle yapılması gerekir diye düşünüyoruz. Biz, Anavatan Partisi olarak af yetkisinin Meclisten tamamen alınmasını 3-4 ay önce söyledik. Eğer bu konuda konsensus sağlanamıyorsa, 3'te 2 çoğunlukla ve tamamen Meclise has bir yetki olmasını; hükümet tasarısı olarak kesinlikle gelmemesini, bunun popülist bir yaklaşım olmaksızın çıkartılması açısından sadece Meclise has bir olay olmasını, 110 milletvekilinin teklif etmesi ve 367 milletvekilinin kabulüyle bir affın toplumsal bir uzlaşmayla çıkması noktasında da bir görüşümüz var. Bu konuda da önümüzdeki günlerde imzaya açıyoruz.

Tabii değişiklikler nasıl olmalı; ben tabii burada ütopya demeyeceğim de, biraz hayal görmemek lazım. Meclis parçalı bir yapıdadır, yarın da parçalı bir yapıda olacaktır. Uzlaşma kültürümüzün gelişmesi lazım, tartışma kültürümüzün gelişmesi lazım ve bu uzlaşma kültürü çerçevesinde Anayasayı değiştirmemiz lazım. Burada öncelikle siyasi partilerin üzerinde oybirliği sağladığı; yani Anayasa Uyum Komisyonuna "şu şu maddelerinde değişiklik yapılsın" dediği maddeler var. Bunlardan yargı bağımsızlığı, seçilme yaşının 25'e indirilmesi gibi maddeler. Yani en kolaydan başlayalım, en zora doğru gidelim. Uzlaştığımız konularda Anayasa değişikliğini yapalım; ama yeni bir Anayasayı yapmak noktasında biraz zorluklar olduğunu biliyorum, anlıyorum ve bu Meclisin bunu yapacağına da inanıyorum, meclislerin bunu yapacağına inanıyorum. Kesinlikle bu meclislerin dışında, kurucu bir meclis telaffuzunu da demokratik bulmuyorum.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum, teşekkür ediyorum.

## Oturum Başkanı

Aslan'a teşekkür ediyorum.

Oktay Ekşi'yi hepimiz tanıyoruz, Basın Konseyi Başkanı, gazeteci-yazar.

Buyurun Sayın Ekşi.

## Oktay Ekşi

Basın Konseyi Başkanı

Özellikle mazeretimi kabul buyurduğunuz için teşekkür ederim Sayın Başkan. Ayrıca Sayın Zengin'e de izin verdikleri için teşekkür ediyorum.

İzin verirseniz, konuşmama Sayın Beyhan Aslan'ın bir beyanı ile ilgili, sadece kayıt düzeltme açısından bir noktaya değinerek başlamak istiyorum. Bendeniz 1961 Anayasasını yapan Kurucu Meclisin üyelerinden biriydim. Sayın Aslan'ın beyanından, "bir talimat içinde o Meclis görev yaptı" gibi bir izlenim edindim; böyle bir şey söz konusu değildir. Burası tartışma yeri olmadığı için başka bir şekilde daha devam edecek değilim; kayıt düzeltme açısından bu noktaya değinmeyi uygun gördüm, tarihi bir gerçek doğru dürüst zihinlerde kalsın diye.

Efendim, ben bir gazeteciyim; bir gazeteci olarak, 5 gün süreyle burada yapılmış Anayasa tartışmasında uzmanların hemen her konuya değindikleri gerçeğini dikkate alarak, kuşkusuz gazetecilik bağlamında meseleye bakarak düşüncelerimi arz etmek istiyorum, bu çerçevede görüşlerimi ifade edeceğim.

Konuşmacılarla bir noktada sanıyorum ki mutabıkız; bu Anayasa baştan sona değiştirilmelidir meselesi, bugünün gerçekleri içinde pratik bir değer taşıyor. O nedenle de zaten düşüncelerimi arz ederken, 1982 Anayasası bağlamında bu dar açıdan ne yapılabilir; ona değineceğim:

Bilindiği 1982 Anayasası, basınla ilgili hükümleri 28-32 nci maddeleri arasında düzenlemektedir. 28. Madde, "Basın ve Yayınla İlgili Hükümler" ana başlığından sonra, "Basın Hürriyeti" başlığıyla basına ilişkin temel kuralları koymaktadır. Öncelikle dikkatinize sunmak gereğini duyduğum

husus var ki, basın hürriyeti kavramının yanlış bir kavram olduğu inancındayız, bunu kullanmanın -sanıyorum bu sözlerimin teorik açıdan da tartışılması lazım ama- bizi yanlış noktalara götürdüğü inancındayız. Şunu demek istiyorum: Eğer bir özgürlük, toplumun belirli bir kesimine ilişkin özgürlük ise, onun için özel bir düzenleme yapılıyor ise; aslında siz o kesim için özgürlük istemekten çok, bir imtiyaz istiyorsunuz demektir.

Ben, bir basın mensubuyum, yaşamımın hemen hemen tamamına yakını onun içinde geçti; ama görüyorum ki, basın özgürlüğü, basının özgür olması koşulu ve basının özgürlüğünün sistem içindeki önemi kavramları, sonuç olarak basın dünyasının ve tabii mensuplarının artı bir özgürlük sahibi olması talebini ön plana getirmektedir; sokaktaki adamdan, başkalarından, onların kullandığı haklardan ve özgürlüklerden farklı haklar ve özgürlükler talebidir. Bu, yine anlayışına göre, demokratik de değildir, gerçekten özgürlükçü bir yaklaşım da değildir. Bu talep, gazeteciler veya basın dünyası veya medya dünyası için değil, tüm bireyler için olmalıdır. Tüm bireylerin kullandığı hak ve özgürlükler, gazetecilik sıfatını taşıyan insanlar tarafından da kullanılmalıdır. Eğer böyle olmazsa, atı arabanın arkasına koşmuş oluruz. Buradan hareket edince, halihazırdaki tablonun ne anlama geldiğini de görmemiz mümkün olur diye düşünüyorum. Hatta sadece bizde değil; okuyabildiğim, görebildiğim, gözlemleyebildiğim kadarıyla Batı ülkelerinde de yaygın bir söylem var; "Basına ilişkin veyahut basın özgürlüğü olarak ortaya getirilen kavrama ilişkin haklar, aslında halka ait haklardır" denir. Yani işe, bu yanlışla böyle bir külah giydirerek, halkı, kamuoyunu, "aslında bu hakkın sahibi sizsiniz; ama biz kullanıyoruz" şeklinde -mazur görün, aklıma gelen daha iyi bir kelime olsa, onu kullanırdım ama- aldatan bir yaklaşımdır. Şöyle de söyleyebiliriz: "Hakkın çıplak mülkiyeti halka ait; tüm tasarruf yetkisi basına ait." Bu, bir yanlışlıktır. O nedenle, eğer talebimizi basın özgürlüğü şeklinde değil de, herkese yaygın bir kavram olan iletişim özgürlüğü şeklinde koyarsak, zannediyorum ki kavramı sistem içinde yerine oturtmamız mümkün olur. O zaman aslında basın özgürlüğüyle ilgili kavgaları sadece basın mensuplarının yapması zorunluluğu da ortadan kalkar. Çünkü herkesin hak ve taleplerini, özgürlüklerini savunmak için siyasi iktidara karşı mücadelede kendi payına düşmesi olanağı doğar. Bunu da yine kavramın doğru konulması açısından önemi olduğuna dikkatinizi çekmek istiyorum.



Demek ki sözlerimde, Anayasamızda bu konuyla ilgili düzenlemenin öncelikle “iletişim özgürlüğü” şapkası altında yapılması doğru olur. O zaman, daha altlara indiğiniz zaman, “yayın yapma açısından şu dil özgürdür, bu dil değildir” demek gibi, hatta Anayasadaki ifadesiyle okuyayım; “Kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayın yapılamaz” şeklinde hüküm koymak gibi garipliklere de düşmemiş oluruz. Çünkü insanlar, tüm bireyler, kendilerini istediği dille ifade edebilmeliler, istediği dille o düşüncelerini çoğaltarak; yani yayınlayarak başkalarına iletebilmeliler. İletişim özgürlüğü kavramını kabul etmemizin önemli bir sonucu da budur. İletişim özgürlüğüne eğer ulaşıyorsak, bu noktada mutabık kalıyorsak; o zaman iletişim özgürlüğünün içine giren, Sayın Oktay Vural’ın da isabetle değindiği gibi, bilgilenme hakkını, bilgi edinme hakkını Anayasal bir kurum olarak Anayasamıza koymamız lazım.

Biz, Basın Konseyi olarak 1991 yılında, -Sayın Oya Araslı’nın da katkıları vardı, teşekkürlerimi burada da tekrarlayayım- Sayın Ergun Özbudun’un, Bülent Tanör’ün, Fazıl Sağlam’ın, bu değerli Anayasa hocalarının da katkılarıyla kendi açımızdan Anayasayla ilgili bu konulara değinen değişiklik önerileri getirdik. Onlara girmeye niyetli değilim; ama bunlar arasında bir önemlisi, yani değinmekte olduğum konuyla bağlantılı olanı tekrarlamaya niyetim var. Eğer sistemimiz demokrasi ise, -ki mutabıkız- demokrasi halkın rızasıyla oluşan meşru yönetimler rejimi ise; o zaman halkın -tıpkı Sayın Vural’ın değindiği gibi- bilgilenme hakkını, olup bitenin, kamu kuruluşlarının, kurumlarının ne yaptığına ilişkin, verdiğimiz vergilerin orada nasıl kullanıldığına ilişkin, ihaleleri birkaç sene sonra değil, zamanında izleme şansı veren bir bilgilenme hakkı mekanizmasını kabul etme ihtiyacındayız. O önerimiz de, “herkes gerçekleri öğrenme hakkına sahiptir; devlet bunu sağlayan önlemleri alır” diyen iki basit cümleden oluşmuş ve Anayasaya 25. maddeden sonra 25-A maddesi olarak girebilecek bir öneri halinde hazırladık ve bu önerimizi siyasi partilere de takdim ettik. Siyasi partiler, 1991 seçim bildirgelerine bunu aldılar; sonraki Anayasayla ilgili önerilerine bazısı kısmen, bazısı tamamen olmak kaydıyla bu öneriyi yerleştirdiler ve sonra başarıyla unuttular. Sayın Ahmet İyima-ya’nın bu konuya değindiğini daha önce bir vesileyle yaptığı konuşmadan anımsıyorum, Sayın Oktay Vural’ın da burada huzurunuzda değinmiş olması gerçeğini istisna tutarak söylüyorum.

Bilgilenme hakkı son derece önemli. Halkın yönetimin nasıl kendisini yönettiğine ilişkin usulünce yapılmış talebe dayalı olarak usulünce aldığı bilgidен yararlanıp, işleyişin nasıl olduğunu değerlendirme hakkından söz ediyorum. Zaten basın özgürlüğüyle ilgili sözlerim de burada buluşuyor; çünkü gazetecinin de aynen birey gibi bu haktan yararlanıp, gerçeği tespit edip yansıtma olanağı doğar, burada zaten farklılık artık ortadan kalkmış da oluyor. Bu bir saydamlaşma talebidir, sistemin nasıl işlediğini vatandaşın görebilmesinin başka bir adı yok. Tüm kamu kurumlarının, -tabii Savunmayla, Dışişleriyle, kişilerin özel yaşamıyla filan ilgili, ticari sırlarla ilgili hususlara girmiyorum, bunlar zaten dünyanın her yerinde istisna grubu olarak bellidir; onları lütfen ifade edilmiş sayın, çünkü vakti de dikkate almak durumundayız- artı “kamuya hizmet veriyorum” iddiasında olan tüm kişilerin, gazeteciler özellikle dahil, saydamlaşma sürecine kendilerini tabi tutmaları lazım. Bilgi edinme hakkıyla o saydamlaşma süreci bulunduğu zaman, demokratik sistemin pek çok aksayan noktalarının ortadan kalkacağına inandığımız için ve ben de şahsen inandığım için bunu huzurunuzda getirmek istedim.

Sayın Başkan izin verirse, son cümlemi ifade etmek niyetindeyim: Değindiğim mekanizma, arz ettiğim gibi, siyasi partilerin resmi belgelerine girdi; ama unutuldu. Zaman zaman değiniliyor; ama sahip çıkkanı yok. Sadece burada Sevgili Hocam var, İlhan Özay, kendisinin son derece kapsamlı bir “Gün Işığında Yönetim” diye üzerinde durduğu ve kitap haline getirdiği çalışmaları çok iyi biliyorum; böyle istisnalar hariç, konu unutuluyor. Halbuki çok mühim bir konu. Unutuluyor ve çok mühim dediğim olay, 1766 tarihinden bu yana -ki hesabını yaptım, tam 235 yıl geçmiş- İsveç’te uygulanıyor. İsveç’te bireyler, kamu kurumlarıyla ilgili bilgi edinme hakkından yararlanıyorlar; sistemi şeffaflaştırmışlar, demokrasi de o sayede aksamadan tıkır tıkır yürüyor. Bu hak, şu anda dünyada 17 ülkede yakın zamana doğru arttı sanırım- bilfiil anayasal ve yasal hak olarak bireylere tanınmış durumda. 27 ülke, kendi kapalı sistemlerini belirli ölçüde vatandaşın bilgisine açmış durumdadır. İsveç, Amerika Birleşik Devletleri, İskandinav ülkeleri, Yeni Zelanda, Avustralya; bunlar bu hakları tanıyan ülkeler. Demokrasisi 10 yaşını buldu-bulmadı diyeceğimiz Güney Afrika Cumhuriyeti, bundan 3 sene önce bu kurumu, bu hakkı bireylere verdi. Biz, 1839’dan beri uğraşıyoruz; hâlâ bu konuyu ara sıra konuşuyoruz, çoğu zaman da unutuluyor.

Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Sayın Oktay Ekşi'ye çok teşekkür ediyorum; önemli bir konu, hepimizin ihtiyaç duyduğu, bugün de gündemde olan sorunların aşılmasında kilit noktası olacak bir konuyu dile getirdi.

Sayın Bahri Zengin, söz sırası sizde; buyurun efendim.

## Bahri Zengin

---

Fazilet Partisi Genel Başkan Yardımcısı

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Hemen konuya girmek istiyorum. Tabii konumuz Anayasa, bir Anayasa nasıl olmalı, son derece kapsamlı bir konu. Ancak, zamanın da son derece sınırlı olduğunu hepimiz biliyoruz. O bakımdan zaman kaybetmeden ana konulara girmek istiyorum.

Üzerinde durduğumuz, elbette 1982 Anayasası; ancak 1982 Anayasasında hepimizin bildiği gibi, bugüne kadar birçok değişiklikler yapıldı, bugün de hâlâ birçok değişiklikler yapılmak üzere. Öyle görünüyor ki, Anayasada değişiklikler yapılıyor; ama günlük hayatımızda, özgürlüklerimizde herhangi bir değişiklik söz konusu değil. Demek ki bu yapılan değişiklikler sadra şifa olmuyor; yani bu Anayasanın özünü teşkil eden birtakım değişiklikler yapılmıyor, ayrıntılarda bazı değişiklikler yapılıyor ki, o da ne insan hak ve özgürlükleri konusunda, ne de demokratikleşme konusunda müspet bir gelişme temin edemiyor. Bunun üzerinde durmak lazım. Biraz evvel sayın ANAP Temsilcisi arkadaşımız, haklı olarak dedi ki, "Türkiye Büyük Millet Meclisinden artık birtakım evrensel normlara aykırı yasaların çıkmaması lazım." Pek doğru söylüyor, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesine aykırı yasaların çıkmaması lazım; çünkü hem altında imzamız var, hem de insanlığın gelmiş olduğu nokta burası. Ancak, ne yazık ki bunlara rağmen yine insan haklarına aykırı yasalar da çok rahatlıkla çıkabi-

liyor. O halde bu meseleyi çok ciddi olarak masaya yatırıp, meseleyi tahlil etmemiz lazım. Nereden kaynaklanıyor? Bu kadar değişiklik yapılıyor, bu kadar uluslararası anlaşmaların altına imza atıyoruz; ama yine Türkiye’de insan hakları daha çok ihlal ediliyor, baskı daha çok devam ediyor ve demokratikleşme konusunda da ileri gitmek yerine geriye gidiyoruz.

İzin verirseniz, 1924 Anayasasındaki bir hükmü açıklamak istiyorum, egemenlikle ilgili bir hüküm. Nedir 1924 Anayasasındaki egemenlikle ilgili hüküm? Hepiniz biliyorsunuz, 4. madde, “Hakimiyet, bila kaydı şart milletindir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin yegane ve hakiki mümessili olup, millet namuna hakkı hakimiyeti istimal eder.” Yani “Millet adına, hakiki temsilcisi olması nedeniyle hakimiyet hakkını kullanır” diyor. Burada bir değişiklik yapılıyor. Nedir o? 1961 Anayasasında, “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.” Bu bir hüküm cümlesidir, doğrudur; ama bu egemenliği kim kullanacak? İşte orada bir değişiklik söz konusu. Bakın, diyor ki, “Millet egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır.” Bu hüküm, 1982 Anayasasının 6. maddesine de aynen geçmiştir. Bu hükümü tahlil edersek nereye varırız? Vardığımız nokta şudur: 1924 Anayasasında, Türkiye Büyük Millet Meclisi, milletin hakiki temsilcisi olarak egemenlik hakkını kullanıyor; ama diğer anayasalarda hakimiyet kayıtsız şartsız millet olmamakla birlikte, hakimiyeti millet adına kullanan organlar, Anayasal organlar olmak üzere diğer organlar; yani Türkiye Büyük Millet Meclisi, hakimiyeti halk adına kullanan tek organ olmaktan çıkartılıyor, bunun yerine birtakım bürokratik organlar hakimiyete ortak ediliyor. İşte demin Sayın Beyhan beyin ifade etmiş olduğu, niçin evrensel beyannamelere aykırı yasalar çıkıyor? Çünkü bu Anayasaya göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, ne yazık ki hakimiyeti tek başına kullanan organ değildir. Şimdi evvela bunun üzerinde durmak lazım. Peki bu Anayasada, 1982 Anayasasının 2. maddesinde, Anayasanın vazgeçilmez ilkelerinden bir tanesi, Cumhuriyetin niteliklerinden birisi olarak da demokratik niteliği saymış. Peki şimdi halk çoğunluğunu millet adına temsil gücü olan Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu egemenliği tek başına kullanma yetkisine sahip değilse; bu yapı, bırakın demokratik yapı olmayı, cumhuri bir yapı olmaktan da çıkmaktadır. Evvela bunun altını çizmek lazım.

Anayasanın 6. maddesinde yeniden bir değişiklik yapılarak, tıpkı 1924'te olduğu gibi, Mustafa Kemal'in ona koydurduğu "Hakimiyet kayıtsız şartsız milletindir ve bu hakimiyeti Türkiye Büyük Millet Meclisi halk adına kullanır" ifadesini koymadıktan sonra, tabii Anayasaların demokratik ve hatta cumhuri niteliklerinden söz etmek mümkün değildir. Eğer parlamentolar düzenlenirse, bu böyle olmalıdır. Kuvvetler ayrımı ilkesini benimsiyorsanız, o zaman gerçekten üç erk ayrı ayrı gücünü ve yetkisini halktan almalıdır. Yani yürütme organı da ayrı ayrı halka gitmelidir, gücünü ve yetkisini halktan almalıdır; yargı organı da, yani yargının üst kademe yönetimi olan organ da -ki, şu anda Türkiye'de Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu olarak gözüktüyor- yetkisini halktan almalıdır, gücünü halktan almalıdır ve diğer organlar da gücünü halktan almalıdır. Eğer gücünü ve yetkisini halktan almıyor, aynı zamanda yapmış oldukları fiillerden dolayı, görevlerden dolayı da halka hesap vermiyorsa, orada zaten bir demokratik sistemden söz etmek mümkün değildir. Bana göre Türkiye'nin sıkıntısı budur.

Türkiye'de gerçekten özü itibarıyla bu anayasalar oligarşik, bürokrasinin egemen olduğu oligarşik bir yapı getirmiştir, evvela bunu tespit edelim. Yani hakimiyete Türkiye Büyük Millet Meclisinin yanı sıra, -ki, benim kanaatime göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi, hakimiyetin yüzde 20'sini kullanıyor, geriye kalan -kaba bir tasniftir belki, ama- yüzde 80'ini gerçekten halktan yetki almayan, seçilmemiş organlar bu hakimiyeti kullanmaktadır. Ayrıntılarda birtakım değişiklikler yapmakla sonuçları değiştirmek mümkün olamaz; evvela bu hususun tespit edilmesi lazım.

Bakınız, yani gide gide yetkiler nasıl Parlamentodan alınarak bürokrasiye devrediliyor veya bürokratik güçlere devrediliyor; bu konuda yapmış olduğumuz bir çalışma var. Mesela Anayasa Mahkemesini alalım: Anayasa Mahkemesinin 15 asil üyesinin 2 tanesini Senato belirliyor, 3 tanesini Türkiye Büyük Millet Meclisi belirliyor, 2 tanesini Cumhurbaşkanı belirliyor; Danıştay, Yargıtay ve Sayıştay, diğer üyeleri belirliyor. Şimdi bu değiştiriliyor; bunun yerine Senato devre dışı bırakılıyor, Türkiye Büyük Millet Meclisi devre dışına bırakılıyor ve Cumhurbaşkanıya Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerini belirleme yetkisi veriliyor; fakat Cumhurbaşkanlığı, aynı zamanda bürokratik organlar tarafından kuşatılıyor. Me-

sela kim var? 11 üyeyi Cumhurbaşkanı belirliyor; ama kendisi özgür değildir. Sadece bir tanesini Askeri Yargıtaydan gelecek 3 üye arasından seçecek, bir tanesini Askeri İdare Mahkemesinden gelen 3 aday arasından seçecek. Yani diğerlerinin hepsi böyle; Danıştay, Yargıtay, Sayıştay, üst düzey kamu görevlileri, YÖK vesaire gibi. Yani Cumhurbaşkanının önüne bir fiksmönü konulacak, 3 tabaklı, "bunlardan birini seçin" denilecek. Cumhurbaşkanı da Parlamento tarafından seçildiği için, o da tam serbest bırakılmamış, bu yetkisini kullanırken bile tam bir bürokratik çember içerisine alınmıştır. Aynı şekilde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu, -diğer organları söylemek istemiyorum- mesela 3 asil Senato tarafından, 3 asil Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından belirleniyor ki, 18 üyenin 1/3'üdür 1961 Anayasasında. Yine bu değiştiriliyor ve tamamen Cumhurbaşkanlığı da devreden çıkartılıyor ve sadece Yargıtay tarafından veya Danıştay tarafından 5 üye belirleniyor. Yani bürokratlar, bürokratik kurumları seçiyor ve bunlara da dikkat buyurursanız, yargı erki gibi üç önemli erklerden birisi veriliyor. Yargı bağımsızlığı evet; ama o yargı, o yargı erkini kullanan güç, etkisini ve gücünü mutlaka ve mutlaka halktan almaktadır ve halka periyodik olarak -tıpkı diğer erklerde olduğu gibi, yasama ve yürütme organında olduğu gibi- 3-5 senede bir halkın huzuruna çıkıp hesap vermelidir veyahut da dünyanın diğer ülkelerinde olduğu gibi; modern, gelişmiş Amerika başta olmak üzere diğer ülkelerde olduğu gibi, yargı üst kurumlarının hepsini, üyelerinin hepsini genelde seçilmiş organlar belirler ve ayrıca bunlara gerek maaşları açısından, gerekse oradaki çalışmaları açısından da birtakım hukuki güvenceler getirilmiş olur.

Tabii zamanım daralıyor, ifade ettiğim gibi zaman oldukça kısa. O halde bu Anayasa bütünüyle değişmelidir. Niye? Bugüne kadar belki 40'a yakın madde değişti, sadra şifa olmadı; çünkü bu değişiklikler, o oligarşik özü ortadan kaldırmıyor ve Anayasanın kendisini demokratikleştiremiyor. O halde birçok yargı organları ve bilim adamlarının da geldiği sonuç budur; bu Anayasa bütünüyle değişmelidir. Peki nasıl değişecek? Tabii ister bir uzlaşma kanalıyla Parlamentoda olsun, isterse halka sunulsun; ama Anayasanın bütünüyle değişmesinden önce yapılması gereken bir ön şart vardır. O ön şartı oluşturmadan, ister Parlamentoda değiştirin, isterse halka sunun; yine bence doğru bir Anayasa yapma imkânı yoktur, sağlıklı bir Anayasa yapmak imkânı yoktur. O ön şart nedir? Önce fikir ve düşüncele-

rin, ifade özgürlüklerinin önünü açacaksınız. Mademki bir Anayasayı tartışıyoruz; o halde herkes açıkça fikrini ifade edebilmelidir. Yasaklı, düşünce, fikir ve ifade özgürlüklerinin sınırlandığı bir yerde, herkes düşüncelerini ortaya koyamıyorsa, toplumsal mutabakat anlamına gelen bir Anayasanın sağlıklı bir şekilde oluşması elbette mümkün değildir ve kimse de bunu beklemesin. Peki bu düşünce ve ifade özgürlüklerinin önünü açtıktan sonra ne olmalıdır? Benim kanaatim, herkes Anayasa teklifini halka sunmalıdır ve halk da savunmalıdır. Bizim Anayasa teklifimiz hazır; 3 seneden beri Fazilet Partisi olarak üzerinde çalıştığımız, başından sonuna kadar 97 maddeden oluşan Anayasa teklifimiz hazırdır. Bunu halka sunar ve herkesin teklifi açıklanır, halk bu konuda bilgilendirilir ve sonunda belli bir noktaya gerek kurumlar tarafından, Meclis tarafından bir uzlaşma zemini o şekilde oluşabilir.

Peki bir Anayasa içerik olarak Türkiye'nin şartlarında nasıl olmalıdır? İzin verirseniz, sadece madde başlıkları itibariyle söyleyeyim:

Birincisi, temel hak ve özgürlükler bütünüyle güvence altına alınmalıdır.

İkincisi, deminki söylediğim anlamda demokratik olmalıdır. Yani eğer sadece parlamenter sistemse, parlamentoda yetkiler toplanmalıdır; değilse, bütün diğer erkler gücünü halktan almalıdır. Aynı zamanda bir merkez, yerel yönetimler ve özellikle sivil toplum özerk olmalıdır ve sivil toplumun özerkliği mutlaka Anayasada yer almalıdır. Ne yazık ki şu anda dünyadaki gelişmelerin tersine, Türkiye'de bürokratik organlara özerk statüleri veriliyor, sivil örgütler özerk statüde değil. Halbuki demokratik ülkelerde sivil örgütler özerktir, ona herhangi bir kurumun müdahale etmesi... Vakıflar Müdürlüğü'nün gidip, vakıflara müdahale etmesi mümkün değildir. Ancak, öbür taraftan YÖK özerktir; Türkiye'yi kana bulasa bile, Türkiye Büyük Millet Meclisi veyahut da seçilmiş bir organ, YÖK üzerinde herhangi bir denetim ve tasarruf yetkisi mevcut değildir. Böyle bir çarpık özerklik anlayışıyla zaten demokratik bir yapıyı oluşturmak mümkün değildir.

Üçüncüsü, tabii Anayasa ayrımcı olmamalıdır. Vatandaşlar hangi mezhepten, dinden, ırktan, dilden olursa olsun, eşit haklara sahip olmalıdır. Şimdi var mı; hayır. Eşit haklar demek, devletin üretmiş olduğu hizmetlerden o kimliğini, yani dinsel kimliğini, etnik kimliğini aynen koruyarak, muha-

faza ederek o haklardan eşit bir şekilde yararlanma hakkına sahiptir ve bu hayata geçirilmelidir. Siz, “Efendim siz bu kimliğinizden soyunun, sonra bu haklardan faydalanın.” Bu zaten özgürlük değildir, bunun adı özgürlük değildir. Özgürlük, o kimlikle o haklardan yararlanmaktır.

Anayasa evvela laik olmalıdır. Bununla elbette kastımız, tam anlamıyla Batının gelmiş olduğu, özellikle Amerika’da uygulanan laiklik anlayışıdır, Sovyetler Birliğinde uygulanan laiklik anlayışı değil. Amerika’da uygulanan laiklik anlayışında, devlet ne bir dinin veya herhangi bir dindarın yanındadır, ne de bir dine veya dini vecibeye karşıdır. Herhangi bir dine dayalı bir hüküm koyamayacağı gibi, bir dini veya dini vecibeyi yasaklayan bir hüküm de koyamaz. Gerçek laiklik budur; o halde bu anlamda laik olmalıdır.

Anayasa, tabiatıyla açık, sade, anlaşılır olmalıdır ve işlerliği olmalıdır. Kurumlar arasındaki sürtüşme mutlaka asgari düzeye indirilmelidir; yani Anayasa üzerinde aynı zamanda bir sistem mühendisliği çalışması yapılmalıdır. Kuvvetler ayrımı ilkesi bize göre esas alınmalıdır ve Türkiye’nin yapısı dikkate alındığı takdirde, üniter yapı korunmalıdır ve sivil toplum ve yerel yönetimler mutlaka özerk olmalıdır.

Sayın Başkan, müsaade ederseniz, şu 69. maddeyle ilgili bir hususu güncel olması bakımından söylemek istiyorum; yoksa bizim bütüncül bakışımız içerisinde o ayrı bir yere sahiptir, onu güncel olması bakımından ifade etmek istiyorum. Tartışmaların odak noktasını teşkil eden, özellikle bizim üzerinde durduğumuz husus nedir; hükmün sübut bulması ifadesinin partilerin kapatılmasıyla ilgili 69. maddeye derç edilmesidir. Bu, aslında evrensel bir hukuk kuralıdır, hükmün sübut bulması; yani hiç kimsenin suçluluğu ispat edilmeden o insanı “suçlusunuz” diye mahkûm edemezsiniz, cezalandıramazsınız, ilkel toplumlarda bile böylesine bir uygulama mevcut değildir. Aslında bu hüküm Anayasada yer almıştır; 38. maddede, “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” diyor. Bunun adı nedir? Hem bu Anayasada ve hem bu Anayasaya bağlı olarak çıkartılan diğer yasalarda bu esaslar geçerli olacaktır. Burada nedir; işte bir sürü şeyler var. Bunlardan bir tanesi de, “Ceza sorumluluğu şahsidir” diyor ve “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz” diyor. İşte biz, bu evrensel hukuk kuralının, aynı zamanda kendi Anayasamızda “Suç ve Cezalara İlişkin



Esaslar” bölümünde yer alan bu hükmün parti kapatmada da esas alınmasını istiyoruz.

Hukukçularımızın bilgisine arz olunur.

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Ben de teşekkür ederim Sayın Zengin.

Sözü, Doğru Yol Partisini temsilen Amasya Milletvekili Sayın İyimaya'ya bırakıyorum.

### **Av. Ahmet İyimaya**

---

**Doğru Yol Partisi Amasya Milletvekili**

Değerli Başkan, muhterem dinleyiciler; sözlerimin başında hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Aslında Anayasamızın veya anayasaların dayalı bulunduğu sosyal temeller, felsefi temeller alanında bir düşünce seyahati yapabiliydik, şu ana kadar yürürlükte bulunmuş anayasaları sorgulayan bir yöntem izleyebiliydik, anayasaların nasıl oluşturulacağı yönündeki metotları tartışabiliydik. Ben, gündemle bağlı kalacağım; o alanda seyahati teşkil etmek veya bir seyahat hazırlamak yerine, düşüncemizi somut öneriler alanına aktararak bir paylaşım içinde olacağım.

Değerli arkadaşlar; 1876 ve öncesinde Namık Kemal, Mithat Paşa veya tepede Anayasa tartışılıyordu. Şu anda halen Anayasa tartışılıyor, hem de yoğunlaşmış şekilde. Bundan bir netice çıkarmamız lazım; belli ki Türkiye, bir Anayasa istikrarsızlığı sorunuyla karşı karşıya. Bu da, organik yöntemle Anayasa yapmak, tepeden Anayasacılık metodunun doğal bir yansıması. Aslında anayasaları milletler yaparlar. 1876 Anayasası için za-

man ve toplum olgun değildi; Anayasa da ölü doğdu, 30 yıl askıya alındı. 1945'ten, yani İkinci Dünya Savaşı bitiminden sonra günümüze değin hem Türk toplumu, hem de gelişme evresindeki çoğu toplumlar, anayasa talepleri bakımından olgunlaşmış ve anayasa yapımına kavuşmuş toplumlardı. Ne var ki Türkiye'deki kutupçu yaklaşım, kutupçu siyaset, Cumhurbaşkanı-Başbakan, ana muhalefet partisi lideri-iktidar partisi lideri arasındaki kutupçu kavgalar, toplumun anayasa yapmasını, sözleşmecî yöntemle anayasa yapmasını imkânsız kıldı. Halen de Türkiye, bu anlamda modern yöntemle oluşturulmuş bir anayasa yoksulu veya yoksunu bir ülke. Onun için, biz Doğru Yol Partisi olarak diyoruz ki, evvela Türkiye protez anayasalardan ve organik yöntemle yapılmış anayasalardan kurtulmalı, bir defa olsun içinde milletin olduğu sivil anayasa yapılmalı. Çünkü anayasa kalitesi, yalnız metinlerin kalitesinin değil, onu oluşturan idarenin katılım zorunluluğundan da kaynaklanmaktadır. Bir anayasa yapılmalı, ondan sonra elbette süreç içerisinde ihtiyaçlar gerektirdikçe anayasa değişikliklerine gidilebilmelidir. Aslında sorun sosyolojik, hukuksal da değil; çünkü sorun, hukuk yöntemiyle çözülemeyecek kadar, anayasa yöntemiyle çözülemeyecek kadar derin. Türkiye, kamusal alanla özel alan tanımını yapmamış, sosyolojik temelde bunu oluşturamamış ender ülkelerden, devletlerden veya milletlerden birisi.

Bu belirlemelerden sonra, bir suale cevap vermeye mecburuz, samimi bir siyasi beyan ortaya koymaya mecburuz: "Şu anda pozitif siyaset veya anayasa değiştirme egemenliğini elinde bulunduran tali kurucu iktidar, gerçekten anayasa değişikliği noktasında samimi bir iradeyi oluşturabilmiş midir?" Hayır arkadaşlar; bütün partiler bu önerilerini dillendirmiş olmalarına, hatta metne dökmüş olmalarına rağmen, Uzlaşma Komisyonunun uzun zamandır sürdürdüğü gayretlerde maalesef Türk Milletini onduracak bir paketi oluşturamamıştır. Bunun da temel nedeni, zahiren varolmakla birlikte, özde bir siyasal iradenin teşekkül etmemesidir.

Sayın Zengin'in anlatımlarının hilafına, sözlerimin başında bir değer yargımı ifade etmeye mecburum. Anayasamızın 2. maddesindeki değiştirilmez, değiştirilmesi teklif edilmez değerler, Türk Devletin, Türk Milletinin ortak değerleridir, milli iradeyi de her zaman yansıttığı farz olunmalıdır ve hiçbir zaman da değiştirilmemelidir.

Ben, bakışımı sistem içerisinde somutlandırmak istiyorum: Şu andaki Anayasa, özgürlükler rejimi bakımından sorunlu bir Anayasadır. Özgürlüklerin sınırlanması noktasında somut nedenler yerine, yasayla sınırlanacaktır. Ölçülülük, demokratiklik veya özüne dokunulmazlık gibi kriterlerin Anayasada belirlenmesinin bu noktada yeterli olduğunu düşünüyorum. Özgürlüklerin kötüye kullanılmasında, özgürlüğün temel öznelerinden biri olan insan için bir hüküm konmuş; ancak özgürlükler alanında bir karşıt özne olan devlet için, yani devletin özgürlüklerin kötüye kullanılmasını önünde davranışta bulunamayacağı yönünde bir kural konulmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden aktarılan orijinal maddede bu hüküm olmasına rağmen, Türk Anayasa metninde olmaması, bir yaklaşım tercihidir, yanlış tercihtir ve antidemokratik konumda bulunmamızın da temel nedenlerini oluşturan tercihlerden birisidir. Yine özgürlükler alanında, yaşama özgürlüğünün sınırlanması anlamına gelen idam cezasının sadece kaldırılması değil, uygulanmaması gerekeceği noktasında bir anayasal rezerv hükmüne ihtiyaç vardır.

Bilgi edinme hakkı, Partilerarası Uzlaşma Komisyonunda temel olarak metne alındı, yansımalarının yasayla düzenleneceği öngörüldü; keşke Sayın Oktay burada olsaydı...

Arkadaşlar; Türkiye'de önemli yozlaşma noktalarından birisi de, sistemi yozlaştıran noktalardan birisi de, iletişim özgürlüğünün kurumsal olarak Anayasada yer almamasıdır. Burada iletişim özgürlüğünün yer alması da yetmiyor; iletişim bağdaşmazlıklarının yer alması lazım. Yani iletişim özgürlüğünün temel araçlarından biri olan medya, gazete, televizyon işletmesi sahiplerinin devletle ihale ilişkisine giremeyecekler noktasında bir Anayasal bağdaşmazlık kuralının yer alması lazım. Bu da yetmez; Anayasanın 167. maddesindeki tekelleşme yasağıyla yetinilmeksizin, iletişim alanında tekelleşme olamayacağını da Anayasal bir şart olarak öngörülmesi lazım.

Yine özgürlük alanının farkına varılmış, ama aşılmamış temel sorunlarından birisi, devletin veya devlet içerisindeki kimi idari birimlerin, ünitelerin bazı işlemleri hakkında yargı denetimine gidilemeyeceği yönündeki hükümlerdir, muafiyet hükümleridir. Arkadaşlar, bu torba hükümler ve yasaları değiştirerek gizli işlem alanını genişletebilirsiniz ve devleti bir

örtülü devlet haline getirebilirsiniz. Bunun süratle değiştirilmesi, bu hükümlerin kaldırılması lazımdır.

Ara rejim veya darbe anayasalarının yapılarından ve yansımalarından, özgürlük alanında kurtuluşun temel bir yaklaşımı da Türk Anayasasının veya yeni anayasa modelinin çıkış garantilerinden temizlenmesi, tasfiye edilmesi, arındırılması lazım. Çıkış garantileri, normal dönemlerde ara rejimlerin iradelerinin yansımaları ve aynen yürütülmesini mümkün kılan anayasal çareler olarak tarif edilmektedir. Bugün Devlet Güvenlik Mahkemeleri, bugünkü yapısıyla, bugünkü pozisyonuyla veya kompozisyonuyla Milli Güvenlik Kurulumuz ve Anayasanın geçici 15. maddesi, birer çıkış garantisidir. Milli Güvenlik Kurulu, bir devlet için, bir sistem için vazgeçilmez bir kurumdur; ama onu demokrasinin ve hukukun içerisine çekmek lazımdır. Bakın, ünlü anayasacı, ünlü siyaset bilimcisi Huntington, Amerikan Milli Güvenlik Kurulunun danışmanlarından birisi. Bilimsel temele, bilimsel bilgi temeline oturan ve siyasete, devlete, yüksek kararlara malzeme oluşturan bir organ haline getirmek lazımdır. İradeyi kuran değil, iradenin kurulmasına yardımcı olan bir organ haline getirmek lazımdır.

Özgürlük rejimi alanındaki sorunlardan sonra, yargı alanına gelmek istiyorum: Yargı, sadece adalet dağıtan bir organ değildir; batağa batmış sistemleri veya sorumlu sistemleri dönüştüren unsurdur, dönüştüren kuvvettir. Bakın, Amerikan Anayasa Mahkemesi, devlet desteğindeki ırkçılık, ayrımcılık sorununu çözen mahkemedir. Düşünce suçları yönünden Amerikan sisteminin yaşadığı sorunları, -işte komünistleri takip etmek, izlemek vesaire- o dönemde yüksek mahkemenin düşünce özgürlüğü yönünde tavır alarak devleti dönüştüren bir organdır. Bugün Türkiye'nin iki sorunu var: Bir, 1961 Anayasamızın sisteme kazandırdığı en büyük kurum, müeyyide Anayasa Mahkememizdir. İkinci ise, bunun dışında Türk sisteminde Yargıtay, mesela Türk sisteminde bir yüksek mahkeme yoktur. Ben, yüksek mahkeme yoktur deyince, eleştirel yaklaşmıyorum, elbette görevleri fevkalade şekilde yürütülüyor; ama bir içtihat mahkemesi yoktur ve sistemi dönüştürme işlevi ne Anayasa Mahkemesince, ne de mevcut olmayan herhangi bir yüksek mahkemece yapılamıyor, yerine getirilemiyor. Bakın, Hocamızın anayasa hukukunda meşhur terimi var; natüralist ana-

yasa yorumu, hukuku yeniden okumak, anayasayı olaylara göre, somut sorunlara göre anlamı yeniden keşfetmek, taşıyabileceği anlamları ona yükleyebilmek meselesi. Bugün Anayasa Mahkememizin bu bakış açısında reformize edilmesi lazım; üyelerin teşekkülü bakımından, nitelikleri bakımından. Alman Anayasa Mahkemesinin Kuruluş Yasasında, "Şöhreti ve otoritesi tartışılmaz kişiler, kimlikler" diyor tanımında. Büyük bir reforma tabi tutulması lazım ve süratle Türkiye'nin anayasal seviyede yüksek mahkeme kuruluşuna gitmesi lazımdır. Anayasal yargı denetiminde kısmen ön denetimi benimsemeye mecburuz. Özellikle kanun hükmünde kararname ve oyunun kuralları... Ben milletvekiliyim, Seçim Kanununda değişiklik yapıyorum, etkinliğimi de kullanıyorum, etkimi de kullanıyorum, Siyasal Partilerde değişiklik yapıyorum ve hemen kendime uyguluyorum. Benim, önümüzdeki seçilme dönemimde, yaptığım oyun kuralları bana uygulanmamalı, objektif olmam mümkün değil. Ne kadar objektif olabilirsem olayım, görüşüm objektif olmaz, sübjektif olur. Onun için bu alandaki oluşturulan kuralların Anayasa Mahkememizce yürürlük öncesi denetime tabi kılınması ve Anayasanın bu yönüyle bir revizyona bağlı tutulması gerekir.

Arkadaşlar; Türk sistemi, kriz çözümünde bir kurumdan mahrumdur. Cumhurbaşkanıyla Başbakan veya herhangi bir yüksek organla başka bir yüksek organ arasında çıkan krizleri çözecek bir organı yok. Anayasa Mahkememize kriz çözme fonksiyonu verilmelidir. Çok önemli; sistemin en büyük hatalarından veya zaaflarından birisi.

Tabii Anayasada Parlamento reformu, Anayasal köklerde de mutlaka gerçekleştirilmelidir. Bugün Türk Parlamentosu, bilimsel anlamda çözücü Parlamento değil, tabi Parlamentodur. Komisyonlar, Genel Kurul, genellikle çözüm oluşturmamakta, oluşturmuş çözümleri onaylamaktadır, bu bir rasyonel realitedir. Onun için, yasama akademisini de kurarak, Parlamento'yu tabi Parlamentodan, tartışan, müzakere eden, dönüştüren ve milletin seçenekleriyle örtüşen, bağdaştıran bir Parlamento'ya döndürmeye mecburuz. Tabii dokunulmazlık rejimi, soruşturma rejimi, dar dakikalar içerisinde tartışılabilir bir rejim değildir; ama Türkiye bir denetim reformuyla karşı karşıyadır. Burada yine bir Anayasal yaklaşım yerine, - elbette ki engelleri kaldırmak lazımdır- kurumsal yaklaşım lazım. O ku-

rumsal yaklaşım da şu: Yazılı hukukla uygulanan hukuk farklı. Bir Amerika Anayasa Mahkemesi üyesi, "Amerikan Anayasası, Anayasa Mahkemesi Hâkimi olarak benim verdiğim hükümdür" diyor. Uygulamayla kurallar arasında büyük fark var. O halde çözümleri uygulamaya da aktarmak lazımdır. Bağımsız idari otoriteler belki 50 yıl gecikmiş, bankacılık alanında, rekabet alanında bir yıl gecikmiş; ama dönüştüren kurumlardır. Kamu avukatları bağımsız kurumunun teşekkül etmesi lazımdır. Bakın, bir enerji krizinde bunu yaşıyoruz; onların bağımsız bir idari otorite olarak Anayasada yer alması lazımdır. Dava açma, şikâyet vesaire, doğrudan o idari birime değil, bağımsız idari otorite olarak böyle bir birime vermek lazımdır ve şeffaf yönetim içinde bir şeffaflaşma reformunun engelleri olan Anayasal kuralları kaldırmak lazımdır.

Sistem tartışması şu dakikalara sığmaz; ama Türkiye'nin şu andaki sorunu, bir sistem tartışması sorunu değildir. Eğer kısmi bir Anayasa değişikliği olursa, bu alanda bir değişiklik ihtiyacı yoktur. Mutlaka değiştirilecekse, 5 artı 5 formülü değil, bir bütün olarak başkanlık sistemini -ki bana göre total başkanlık sistemini yaşıyoruz, şu anda Türkiye'deki sistem total başkanlık sistemidir, tam parlamenter veya rasyonel parlamenter sistem değildir- ele almak lazımdır. Hele hele 5 artı 5 değil; çünkü 5 artı 5, Cumhurbaşkanlığının birinci dönemini de siyasallaştıran bir formüldür ve hakem fonksiyonunu da ortadan kaldırır. 7 olabilir, 5 olabilir; aksi halde, Türkiye gibi daha hukuki dönüşümünü yapamamış, tam demokrasiye ulaşamamış ülkelerde iktidarlar şahsileşir ve iktidarlara sürdürmenin yollarını ararlar ve Cumhurbaşkanının hakem fonksiyonu da tamamen çözülür.

Tabii günümüzde siyasal partilerin kapanması rejimiyle ilgili bir önerge var. Değerli arkadaşlar; demokrasinin ve çağdaş yapılanmanın iki temel güvencesi var; birincisi anayasalar, ikincisi siyasal partiler. Anayasamız, Anayasa değişikliklerinin yargısal denetimini Anayasa Mahkememizin nitelikli çoğunluğuna, zannediyorum 3'te 2 çoğunluğuna bağlamış. Ancak, Yüksek Mahkeme, Anayasa değişikliklerini o çoğunlukla şekil açısından denetleyebiliyor. Demokrasinin vazgeçilmez unsurları olan siyasal partilerin kapatılması rejiminde de aynı usulün mutlaka benimsenmesi lazımdır ve şu andaki Anayasamız, partilerin kapatılması rejimi noktasında sorunlu anayasadır, Avrupa Birliği kriterleriyle ve Avrupa İnsan Hakları Mah-

kemesinin benimsediği ölçütlerle bağdaşan bir anayasa değildir. O anlamda bir değişikliğe gitmek lazımdır. Orada da şiddete başvurmayla somut ve mevcut tehlike kriterleri esastır, bu kriterler içerisinde meseleye yaklaşmak lazımdır. Mesela Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hiçbir partiyi tüzüğünün veya programının -çünkü düşünce özgürlüğünün ifadesi oluyor, dönüştürme özgürlüğünün ifadesi oluyor- Anayasaya aykırılığından dolayı iptalini kabul etmiyor. Bizde zannediyorum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 3 tane kararı var.

Değerli arkadaşlar; Anayasamız, sonuç olarak sorunludur, yapım yöntemi dolayısıyla sorumludur, şu andaki toplumsal talepleri karşılamaması dolayısıyla sorunludur ve bu Anayasanın tam değiştirilmesi, ondan sonra süreç içerisinde değişiklik yöntemi esas alınmalıdır. Ancak, böyle bir iradenin mevcut olmadığını görüyoruz. Kısmi değişiklikte de yine en az yansımaları hükümlerin de değiştirilmesi lazımdır. Şu anda yaşıyoruz; 69. maddenin sadece bir fıkrasını değiştiriyor, bir fıkra ekliyoruz. Aslında 69. maddenin kendi içinde sorunları var, değiştirme rejiminin başka maddelere yansıyan sorunları var. Parlamentoyu böyle bir zaaf içerisine koymak lazımdır. Doğru Yol Partisi olarak, böyle bir zaafın içinde olmamak için gereken çabayı gösteriyoruz. Diğer partilerin de o anlayışı, o konsensusu sağlayacaklarını zannediyorum.

Saygılar sunuyorum, hürmet ediyorum, sağ olun.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkürler Sayın İyimaya.

Buyurun Sayın Araslı.

## Oya Araslı

---

CHP Genel Başkan Yardımcısı

Bütün dinleyicileri saygıyla selamliyorum.

---

Önümüzdeki konuyu işlerken, Anayasa hangi doğrultuda, hangi felsefe doğrultusunda değiştirilmeli, nasıl değiştirilmeli, bu değişikliği kim yapmalı sorularına yanıt aramamız gerekiyor ve galiba bu yanıt arama işine de Anayasanın felsefesi ne olmalıdan başlarsak, soruları daha kolay çözüme ulaştırabiliriz diye düşünüyorum.

Yürürlükteki Anayasa, hepimizin bildiği gibi, yürürlüğe girdiği andan itibaren eleştirilmeye başlandı, hatta yürürlüğe girmeden evvel eleştirilmeye başlandı. Bu eleştiriler doğrultusunda bugüne kadar hiçbir değişiklik olmadığı gibi; dünya değişti, gündem değişti. Şimdi bizim bir Anayasanın düzenlemesi gerektiği konusunda fikir birliğine varacağımız gün olmayan pek çok husus ortada. O nedenle, bu tür tartışmaların bir an önce sonuç vermesi ve bir yerde bu Anayasa konusuna nokta konulması gerekir diye düşünüyorum.

Bir Anayasanın felsefesi, Cumhuriyet Halk Partisine göre ne olmalı? Cumhuriyet Halk Partisi, şu anda 1982 Anayasasının 2. maddesinde belirtilen ilkelerin bir devlet yönetimi için her zaman geçerli olması gerektiği görüşünü savunuyor. Ancak, bu Anayasa, o 2. maddesinde hususları dile getirirken, bir başka olayı da beraberinde getirdi; devletle kişinin konumu açısından Cumhuriyet Halk Partisi olarak hiç katılmayacağımız bir tercih yaptı, kişiye karşı devleti koruma tercihinin yaptı, her yerde önceliği devlete verdi. Bu, bizim katılmadığımız bir görüş. Biz, insanın hizmetinde devlet anlayışının Anayasa yansımalarına taraftarız, bireyi en önemli unsur olarak kabul ediyoruz ve bir Anayasanın bütün düzenlemelerinin bireyin gelişmesi, bireyin sosyal adalete kavuşması, bireyin maddi-manevi bakımdan gelişmesini engelleyen bütün engellerin ortadan kaldırılması ve bu görevlerin devlet tarafından yerine getirilmesi gerektiği anlayışını benimsiyoruz.

Bu Anayasa, 82 tarihli Anayasa, bir demokrasi tanımı yapıyor; ama katılımcı bir demokrasi tanımı yapmıyor, çoğulcu bir demokrasi tanımı da yapmıyor. O kadar çoğulculuktan uzak ki, Anayasa Mahkemesine iptal davası açmak yetkisini bile Parlamentodaki muhalefetin en büyük olanına veriyor, "en büyük olanın dışındakilerin bu sürece katılma yetkisi yok" diyor. Biz, katılımcı, çoğulcu bir demokrasi anlayışından yanayız ve bu demokrasinin bir hukuk devleti ilkesi çerçevesinde ifadesini bulması gerek-



tiğine inanıyoruz, devletin sosyal devlet olma niteliğinin daha vurgulanarak ortaya konulması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu Anayasa, çağdaş gelişmelerin uzağında bir Anayasa dedim. Bakın, dünya bazı süreçler yaşıyor; globalleşme dediğimiz bir süreç, önüne geçilmez bir biçimde dünyayı kapsamına almış durumda. Globalleşmenin iyi yanları var, bireyi birtakım evrensel kavramlar etrafında koruyor, bu güzel; birtakım kültürel imkanlar sağlıyor, bu da güzel. Ancak, ekonomik alandaki globalleşme, bireyi ve ulusal ekonomileri savunmasız bırakıyor. Bir anayasanın çözmesi gereken sorunlardan birisi bu; globalleşmenin özellikle çalışanlar için getireceği tehlikelere karşı bireyi ve ulusal ekonomiyi nasıl koruyacağız? Muhtemel çığ gibi büyüyen işsizlikler karşısında çalışma imkanından yoksun kalacak insanlarımıza ne gibi imkanlar getireceğiz? Globalleşme karşısında yerli ekonomiye kendini geliştirmek için ne gibi imkanlar sağlayacağız ki, o ekonomiyle birlikte birey de gelişebilmek imkanını bulsun, ezilmekten kurtulsun? Bir anayasada bu gibi hususların da yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

Globalleşmeyle at başı giden bir başka olay daha var; teknolojik gelişme kişiye sonsuz imkanlar sunuyor, ama kişiyi bu imkanlar karşısında da güçsüz bırakıyor. Bunun getirdiği tehlikeler karşısında kişiyi nasıl koruyacağız, teknolojik gelişmeyi toplumun bütün kesimleri için erişilebilir bir hale nasıl getireceğiz? Bununla ilgili düzenlemelerin de bir anayasada yer alması gerekiyor. Dünya insan hakları konusunda yeni açılımlarla karşı karşıya. Üçüncü kuşak hakları var; bu hakların anayasalarda şimdikinden çok daha ayrıntılı bir biçimde ele alınması gereği ortaya çıkmış, tartışılıyor. Biz de bir Anayasa yaparken bu gereği göz önünde bulundurmalıyız, üçüncü kuşak hakları daha da ayrıntılı bir biçimde Anayasamızda ele almalıyız.

Yine insan hakları konusunda yeni bir açılım; eşitlik...

## Oturum Başkanı

---

Üçüncü kuşak hakları bazıları için soyut olabilir; bir-iki örnek verirseniz...

---

## Oya Arash

Bu hakların içerisinde çevre hakkı var, barış hakkı var, dayanışma hakkı var, teknolojik gelişmelerden yararlanma hakkı, korunma hakkı, savaştan uzak durma hakkı gibi birtakım haklar var. Bunların da daha ayrıntılı bir biçimde Anayasada yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

Yeni bir açılım, kendisini eşitlik kavramında gösteriyor; kanun önünde eşitlik, fırsat eşitliği, siyasal eşitlik, cinsler arası eşitlik. Bugüne kadar anayasalarda pek bu konuda düzenleme yoktu. Şimdi anayasalar, eşitliğin gerçekleşmesi bakımından cinsler arası eşitliğin ayrılmaz bir parçası olarak pozitif ayrımcılığı öneriyorlar ve bu konuda devlete görev veriyorlar. Çok yakınlarda Fransa Anayasası'nda bu doğrultuda bir değişiklik yaptı. Bizim de ülkemizde bunun çok önemli bir ihtiyaç olduğunu düşünüyoruz ve yapılacak bir yeni Anayasada bu konuda bir açılım olması gerektiğini düşünüyoruz.

Bir başka olay, bütün dünyanın yaşadığı yönetimde yolsuzluk olayı. Bunun çaresi, yönetimde şeffaflıktır; kamu görevi yapanların mal varlıklarının ve haklarındaki önemli bilgilerin kamunun bilgisine açık olması olayı. Şu anda bizim Anayasamız, bu konuda duyarsız bir anayasadır, sağırdır, bu konuda herhangi bir düzenlemesi yoktur, en azından etkili birtakım çözümler getirmemiştir. Şeffaf devleti bütün çehreleriyle gerçekleştirebilecek düzenlemelerin de yeni bir anayasada yer alması gerekmektedir. Böyle bir felsefe; katılımcı ve çoğulcu demokrasi anlayışıyla takviye edilen böyle bir felsefenin bir anayasaya hakim olması gerektiğini düşünüyoruz. Tabii ki bu felsefeyi Anayasaya hakim kılabilmek için, Anayasanın bütünüyle yeniden kalem alınması gerekiyor. Çünkü 82 Anayasa'sı, bambaşka bir felsefeyle, olaya tamamen karşı uçtan, devleti kişiye karşı koruma anlayışıyla kaleme alınmış bir anayasa. Ne kadar değişiklik yaparsanız yapın, bu değişiklikleri ne kadar ustalıkla gerçekleştirirseniz gerçekleştirin, hiçbir zaman bütününe bu felsefe doğrultusunda kaleme alındığı bir anayasanın bütününe, güzelliğini, uyumunu böyle bir değişiklikle gerçekleştirebilmeniz mümkün değil ve böyle bir anayasa yapılırken mutlaka halkın da katılımının olması gerektiğini savunuyoruz, halk da anayasa

yapımının içinde olmalı. Ancak, geçen yıllarda edindiğimiz deneyimler, maalesef en zorunlu, en güncel konularda bile herhangi bir siyasi tercih, bir siyasi renk gerektirmeyen konularda bile Anayasayı değiştirmenin fevkalade güç olduğunu bize gösterdi. Bu nedenle, hiç değilse bu değerleri kısmen de olsa Anayasaya aktarmak imkânını verebilecek her değişiklikten yanayız, bunu da ifade etmeliyim.

Bu konuda bir genel açıklama yaptıktan sonra, konunun daha ayrıntılarına girmek istiyorum; özgürlükler konusunda, kuvvet ilişkileri konusunda, yürütmeyle, yargıyla ilgili olarak neler söylemek istiyoruz; onları da size aktarmak istiyorum:

Özgürlükler, altında imzamız bulunan evrensel insan hakları sözleşmeleri, Avrupa insan hakları sözleşmelerinde belirilmiş olan hak ve özgürlük anlayışı çerçevesinde ifade edilmelidir. 82 Anayasasında dikkat ederseniz özgürlükler hep küçük kaplarda sunulmuştur, hiçbir zaman da hepsinin uluslararası ölçütlere uygun bir biçimde ifade edilmiş olduğunu iddia edemeyiz. Şu anda vaktimiz olmadığı için ayrıntılara girişmiyorum; ama genel durum budur. Bu hak ve özgürlüklerin kapsamlarının uluslararası ölçütlere uygun bir biçimde ifade edilmesi gereği üzerinde duruyoruz. Hak ve özgürlükler ifade edilirken, özgürlüğün asıl olduğu ilkesinin korunması gerektiğine inanıyoruz; böyle "sınırlama asıldır, özgürlük istisnadır" gibi 1982 Anayasasında sık sık karşımıza çıkan bir anlayışa karşıyız ve özellikle bu anlayışın hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasıyla ilgili düzenlemede ifadesini bulmasını arzu ediyoruz. Hak ve özgürlüklerin böyle genel, hepsi için geçerli olabilecek sınırlama nedenleri belirlenerek değil, fakat her hak ve özgürlükle ilgili maddede, onun özelliklerine, onun niteliklerine uygun sınırlandırma nedenleri gösterilerek sınırlandırılmasına ilişkin bir sistemin benimsenmesinden yanayız.

Bu arada hemen ayrıntıya inmek istemediğimi belirttim; ama hak ve özgürlükler içerisinde karşımıza gelebilecek bir konuyla ilgili birkaç söz söylemekten de kendimi alamıyorum; bu özelleştirme konusu. Özelleştirme mutlaka koşullara bağlanarak, ilkeleri gösterilerek Anayasada yer almalıdır. Aksi takdirde, siyasal iktidarların kendi siyasal çıkarları doğrultusunda ve zaman zaman toplum vicdanını rahatsız eden birtakım biçimlerde özelleştirmeye gitmesini engelleyemeyiz. Onun için özelleştirmelerde

yabancı sermayeye ne ölçüde pay tanınacaktır, çalışanların hakları ne ölçüde korunacaktır, özellikle yabancı sermaye konusundaki tekelleşmeyi önleyebilmek için neler yapacağız; bunların ilkelere bağlanması gerekmektedir.

Yasama ve yürütmeden önce, siyasal rejim konusuna geçmek istiyorum: Cumhuriyet Halk Partisinin tercihi, bir parlamenter rejimdir. Nedeni; alıştığımız bir rejimdir, Türkiye'nin koşullarına uygun bir rejimdir, zaman içerisinde rahatlıkla deneyimlerimizden yararlanarak geliştirebileceğimiz bir rejimdir. Başkanlık rejiminden yana değiliz; çünkü bu rejimin Türkiye'de çok belirgin çizgilerle izlediğimiz siyasal iktidarın kişiselleştirilmesi eğilimlerine daha da güç kazandıracaktır...

Sorunu çözmek yerine, yeni sistemin kilitlemesi gibi birtakım sorunlar yaratacağını düşünüyoruz. Onun için tercihimiz parlamenter rejimdir. Mevcut, gözümüze çarpan tikanıkları giderebilmek için birtakım düzenlemeler yapılabileceğini ve bu rejimin daha işler hale getirebileceğini düşünüyoruz.

Yasama konusuna gelince, burada en belirgin noktalardan birinin milletvekili statüsü olduğu görüşündeyiz. Dokunulmazlıkların, milletvekillerine tanınan ayrıcalıkların toplumun vicdanını fevkalade rahatsız eden ve dünya ülkelerine bakıldığı zaman da alışılmayacak ölçüde geniş olduğunu görüyoruz. 82 Anayasamızda "Dokunulmazlık" kenar başlığı altında hem milletvekili dokunulmazlığı, hem de bizim anayasa hukukunda teknik anlamda "sorumsuzluk" dediğimiz, halk arasında yaygın deyiimiyle "kürsü dokunulmazlığı" birlikte düzenlenmiştir. Kürsü dokunulmazlığı, tabii olduğu gibi korunmalıdır. Hatta bu düzenlenirken, zaman zaman birtakım tartışmalara yol açan yargı organlarımızın getirmiş olduğu bazı sınırlamalar da tekrar gözden geçirilmelidir; ama "milletvekili dokunulmazlığı" dediğimiz, yani milletvekilini cezai takibata karşı koruyan, bir zırh oluşturan ayrıcalığın fevkalade geniş olduğunu düşünüyoruz ve sade vatandaşla milletvekilini büyük ölçüde birbirine yaklaştıracak bir düzenlemeden yanayız "büyük ölçüden" diyorum; çünkü dokunulmazlık da bazı ihtiyaçların gereği olarak ortaya çıkmıştır ve bir yerde de kürsü dokunulmazlığının garantisidir. Kürsü dokunulmazlığını zedeleyebilmek için milletvekilleri hakkında cezai takibata geçildiği, bu dokunulmazlıktan yararlar-

nılmak istenildiğini böyle bir yola gidildiği dönemler tarihte olmuştur. Onun için, bu dengeyi de koruyacak; ama toplumda adaletsizlik duygusu uyandırmayacak, toplum vicdanını rahatsız etmeyecek bir düzenlemeden yanayız. Bunun ayrıntılarını da zaten geçmiş dönem Adalet Komisyonu-na kadar taşımış, hatta Meclise kadar indirmiştik.

Yasama konusunda milletvekili statüsü çevresinde bir konuda yasama bağdaşmazlığı; yani milletvekilleri bu görevi devam ettirirken hangi işle-ri yapabilirler? Kamu kesimiyle ilgili sınırlamalar Anayasada var; ama özel kesimle ilişkiler konusunda düzenleme yok. Bu düzenlemelerin de yapılması ve milletvekilinin, bu görevini yerine getirirken mümkün oldu-ğu ölçüde bu tür iş ilişkileri içerisinde olmasına imkân vermeyecek bir dü-zenlemenin yapılmasından yanayız.

Yasama konusunda kanun hükmünde kararnameler olayına değinmek istiyorum. Türkiye, son 10 yıldır kanun hükmünde kararnamelerle yöneti-liyor. Yasama organı, çok kere kanun hükmünde kararnameler aracılığıyla devreden çıkartılmış vaziyette. Anayasa öncelikle görüşülmesini, he-men Meclise sunulmasına amir; ama maalesef 10 yıldır kanun hükmünde kararname olarak varlığını sürdüren düzenlemeler var. Onun için bura-da bir zaman sınırlaması getirilmesinden yanayız. Yürürlüğe andan baş-layarak, örneğin 3 ay içerisinde Türkiye Millet Meclisi tarafından görüşü-lüp sonuca bağlanmayan kanun hükmünde kararnameler, bu sürenin dol-ması anında kendiliğinden yürürlükten kalkar diye ve böylece hem ivedi düzenleme ihtiyacını karşılayabiliriz, hem de yasama organını devreye katmak, onun devreden çıkartılmasını önlemek imkânın getirebiliriz diye düşünüyoruz.

Yürütme konusunda Cumhurbaşkanının bir defaya mahsus olmak üzere seçilmesinden yanayız ve 5 artı 5, 5 ara tekrar 5 gibi birtakım formüllerin Cumhurbaşkanının tarafsızlığını tehdit edecek, onu tehlikeye sokacak, ta-rafsızlığından sıyrılabilmesine imkân hazırlayacak düzenlemeler olarak görüyoruz. Cumhurbaşkanının yetkileri konusuna gelince, bu yetkilerin, Cumhurbaşkanının gölgesinin tüm sistemin üzerine düşürecek kadar ge-niş olduğu görüşündeyiz. Özellikle yargı organına seçme yetkisi Cumhur-başkanının "atama" demiyorum; seçimi bizzat Cumhurbaşkanının yapma-sına ilişkin yetkiler, bu gölgenin yargı üzerinde bütün yoğunluğuyla oldu-

ğuna ilişkin tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar dahi, olayın ne kadar sakıncalı olduğunun kanıtıdır; çünkü yargı, her türlü tartışmadan uzak kalması gereken organımızdır. Parlamenter sistemde ister istemez, her sistemde söz konusu, yasamayla yürütme arasındaki birleşme olayından doğacak tehlikelerin yegâne emniyet subabı yargıdır. Eğer onun üzerine de yürütmenin gölgesini düşürürseniz, her siyasi sistemde en katı kuvvetler ayrılığı bile olsa, bir kuvvetler birliği dönüşünün kapısını ardına kadar açmış olursunuz. Onun için, bu yetkilerin olmadığı, Cumhurbaşkanına verilmediği, özellikle yargı organlarına YÖK gibi yürütme işlevi yerine getiren organlara verilmediği bir Anayasadan yanayız.

Milli Güvenlik Kurulu gibi şimdiki işlevi yerine getiren bir organın, şimdiki biçimde ifade edilmemesinden yanayız. Olsa olsa böyle bir organ; demokratik bir sistemce ancak görüş bildiren; ama görüşleri bağlayıcı, zorlayıcı olmayan bir organ olarak düzenlenir, bir iletişim kurulmasını sağlar, bir koordinasyona ilişkin fikirlerin iletilmesini sağlar. Bu bakımdan yararlıdır; ama görüşleri bağlayıcı niteliğe dönüştüğü anda, birer direktif niteliğine dönüştüğü anda bu kuvvetler arasındaki dengeyi bozar diye düşünüyoruz.

Tahkime karşıyız; bunun aslında yargının yavaş işlemesinden doğan bir durum olduğunu düşünüyoruz ve çözümünü böyle tahkim gibi bir kurumla değil, yargıya daha sürat kazandırarak yapmanın ulusal egemenlik anlayışına ve Lozan'daki kazanımlarımıza daha uygun düşeceğini düşünüyoruz. Yargının bağımsızlığını sağlayabilmek için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısında Adalet Bakanına ve müsteşarına doğal oy hakkı sahibi üye olarak yer verilmesinin doğru olmadığını düşünüyoruz. Bu bağlamda, bu ilke doğrultusunda oluşturulacak bir Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunda da, müfettişlerin doğrudan doğruya kurula bağlanmasının, yargıyla yürütme arasındaki bütün iletişimi, etkileşimi olumlu yönde ortadan kaldıracığını düşünüyoruz.

Anayasa Mahkemesinin, bu davalarda işin esasına girerek karar verdikten sonra ayna maddeyle ilgili, 10 yıl geçmedikçe içtihat değiştirmesine ilişkin yasağın kısaltılması gerektiğini düşünüyoruz; çünkü 10 yıl, çağdaş gelişmeleri takip edemeyecek kadar büyük bir süredir diye düşünüyoruz. İptal davası açma yetkisinin genişletilmesinden yanayız. Böyle muhalefe-

tin en çoğuyla sınırlı bir iptal davasının, iptal davasından ve Anayasa yarısından beklenen amaçları yerine getirmeyeceğini düşünüyoruz.

Ben hocamın zarafetini, nezaketini çok fazla zorladığımı düşünüyorum ve daha fazla zorlamadan sizlere saygılar sunarak “şimdilik burada bu kadar demek” istiyorum. (Alkışlar)

### **Oturum Başkanı**

---

Konuşmalarını bitirip başka yerdeki konuşmalara, toplantılara katılma durumunda olanlar var. Sırasıyla, onlar zamanı geldikçe, peyderpey ayrılacaklar. Onlara Sayın Türkiye Barolar Birliği Başkanı Eralp Özgen’in vereceği plaketleri kademe kademe vermek durumundayız. Onun için, iki arkadaşımız ayrılacak. Sayın Tayfun İçli ile Sayın Oktay Vural buyurun. Katıldığınız için ben teşekkür ederim, sağ olun. (Alkışlar)

Bu arada akademisyen arkadaşları, siyasi parti mensuplarını dinledikten sonra daha spesifik konulara girmekte bir rahatlık bulmuş oluyorsunuz. Onun için, mümkün olduğu kadar 10 dakikaya çekebilirsek hem konuşmaları, hem de vakit kalırsa dinleyicilerden gelebilecek soruları da dikkate alarak bir canlılık da sağlayabiliriz. O bakımdan, ben meslek dayanışmasına sığınarak bu öneride bulunuyorum. Tabii bunun anlamı da devlet zoruyla kabul sonucunu doğurur. Özgürlükler içinde dayatmacı bir politika da buna denir.

### **Salondan**

---

Kanun yolu yok mu?

### **Oturum Başkanı**

---

Kanun yolu falan olmuyor. Biliyorsunuz Parlamentoda bütçe görüşmeleri sırasında başkan hiç başını kaldırmaz; usulendir “kabul eden etme-

yen... Edilmiştir” der. Bütün dünya parlamentolarında da böyledir. Sıralarda iki kişi vardır, bir kişi var. Bazı hususlar eşyanın niteliğinden kaynaklanıyor. Onun için, Başkının şu andaki kanun yoluna gidilse de sonuç doğurmayacağı için...

Ben sıraya bağlı olarak söz hakkını devam ettiriyorum. HADEP’i temsilen Hamit Geylani’ye söz veriyorum; buyurun Sayın Geylani.

## Hamit Geylani

HADEP Temsilcisi

### TÜRKİYE İÇİN NASIL BİR ANAYASA

Bugün Türkiye'nin temel sorunu ve gündemi demokratikleşmedir. Çözümün anahtarı da demokratik bir anayasadır. Çünkü, hukukun ilk biçimsel kaynağı en üst kural olan “anayasa”dır.

Anayasa; bir devletin temel yapısını, kuruluşunu, iktidarın devrini ve devlet gücü karşısında bireylerin özgürlüklerini düzenleyen bir belgedir.

Ancak, demokratik bir anayasayla etnik kimlik hakları, inanç ve düşünce özgürlüğü, sosyal, ekonomik, kültürel ve diğer haklar güvence altına alınabilir.

Ayrıca şeffaf ve temiz bir toplum, demokratik anayasal kurumlarla yaratılabilir.

Bilgi çağında, küreselleşen ve gittikçe küçülen bir dünyada yaşıyoruz.

Küçülen dünya içinde, ülkemizde sorunlarıyla birlikte büyümüştür.

Türkiye'deki Kürt sorunu da o oranda büyümeye devam etmektedir.

Türkiye 80 yıllık dönemin ilk 40 yılında TBMM'nin yaptığı anayasalarla, son 40 yılında ise askeri darbe anayasaları ile yönetildi ve yönetiliyor.

Bunların belirli özelliklerine kısaca değinelim.



## 1921 Anayasası

Türkiye'nin ilk anayasası olan 1921 Anayasası, hak ve özgürlüklerin yer almadığı, sadece devletin temel yapısının belirlendiği bir anayasadır.

- a) Anayasanın 2. maddesinde “Yürütme erki ve yasama yetkisi milletin tek ve gerçek temsilcisi olan Büyük Millet Meclisi'nde bulunur ve toplanır” der.

1921 anayasasında, yasamanın üstünlüğü ilkesi ve meclis hükümeti (kuvvetler birliği) sistemi kabul edilmiştir.

- b) Vilayet ve nahiyeleri, “tüzel kişiliği” olan “özerk” birimler olarak kabul eden 1921 Anayasası, iç ve dış siyaset, şer'i, adli, askeri işler ve uluslar arası iktisadi ilişkiler dışında kalan, vakıf, medrese, eğitim, sağlık, iktisat, tarım, bayındırlık ve sosyal yardım işlerine Vilayet Şuraları'nı yetkili kılmıştır.

Bu anayasada ademi merkezîyetçi sisteme yaklaşım vardır.

- c) “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir. Yönetim biçimi halkın mukadderatını bizzat ve bilfiil idare etmesi esasına dayalıdır” diyen 1. maddeyle zımnen kabul edilen “cumhuriyet”, 29 Ekim 1923 tarihli değişikliklerle resmen kabul edilmiştir.
- d) Aynı tarihli değişiklikte; 1) Türkiye Devleti'nin resmi dili Türkçe 2) Devlet dini de İslam olarak belirtilmiştir.
- e) Devlet, “Türkiye Devleti”dir. “Türkiye” bir üst kimlik olarak kabul ediyor. Büyük Millet Meclisi'ne, “Kürdistan” ve “Lazistan” mebusları, etnik kimlikleriyle katılmışlardır.

## 1924 Anayasası

Devlet sınırlarını güvenceye alan iktidar, 1924'lere gelindiğinde, ulus-devlet olma yolundaki engelleri ortadan kaldırmaya ve ulus-devlet ideolojisi olan milliyetçilik anlayışı doğrultusunda bir anayasa düzenlemeye girmiştir.

- a) TBMM'nde muhalefet tasfiye edilmiş ve 1927 Meclisinde hiç muhalefet kalmamıştır. Meclisin tek sahibi CHP'dir. Tek partinin ve “Şef” hakimiyetinin yönetimine uygun bir anayasa düzenlenmiştir.

İdeolojisi, Avrupa'daki totaliter rejimlerin etkisinde oluşan CHP'nin tüzük ve programı Anayasayı şekillendirmiştir. "Parti" ve "devlet" özdeşleşmiştir. CHP'nin 6 oku (cumhuriyetçilik, milliyetçilik, halkçılık, devletçilik, laiklik ve inkılapçılık) anayasaya alınmıştır.

- b) Türk kimliği dışında, hiçbir etnik kimlik tanınmamıştır. Anayasa "Türklerin Kamu Hakları"ndan söz etmektedir.
- c) Ademi merkezietçi yaklaşımdan uzaklaşmış, katı merkezietçi bürokratik sistem kabul edilmiştir.
- d) 1928 değişikliği ile devlet dininin İslam olduğu kuralı ve "şer'i hükümlerin uygulanması" ibaresi anayasadan çıkarılmış, 1937 değişikliği ile de "laiklik" ilkesine yer verilmiştir.
- e) Türkiye'de çok partili sisteme geçiş, ancak 2. Dünya Savaşı'ndan sonra, savaştan galip çıkan müttefiklerin zorlamasıyla mümkün olabilmektedir.
- f) 1946'lara kadar olan tek parti döneminde, asker-sivil bürokrasinin mutlak hakimiyeti vardır. Parlamento, tek parti ve iki dereceli seçim vasıtasıyla, bu egemen gücü belirlediği "milletvekilleri"nden oluşuyordu.
- g) 1961 ve 1982 Anayasaları Kurucu Meclisler tarafından hazırlanmış ve halkoyuna sunulmuştur. Oysa ki 1924 Anayasası TBMM tarafından hazırlanıp, kabul edilmiştir.

### 1961 Anayasası

Çok partili sisteme geçiş ve tek dereceli seçimle, parlamentonun kompozisyonunda değişiklikler oldu. 1950'lerde, burjuvazi de iktidarda söz sahibi haline geldi.

Genel oy; siyasi alanda, halk kitlelerinin önemli bir unsur olmasına yol açtı.

Bütün bunlar, eskiye oranla daha özgürlükçü bir ortam yarattı. Fakat bu, toplum yapısındaki etnik, kültürel ve dinsel çoğulculuğun siyasi alana yansımalarına imkan vermedi. Bürokratik merkezietçi sistem sürdürüldü.

Asker-sivil bürokrasinin iktidardaki belirleyiciliğini zayıflatan bu gelişmenin özü, 1960 askeri darbesiyle kesildi.

1961 Anayasası, darbeyi yapan askeri cuntanın (Yönetmel Kurul) dikte ettiği bir anayasadır.

- a) Bu anayasada askeri darbeleri meşrulaştıran bir anlayış yer almıştır.
- b) Yasama organını, Millet Meclisi ve Senato teşkil ediyor. Senato'nun 1/4'ü "tabii senatör" denilen darbeci subaylarla; Cumhurbaşkanı'nca tayin edilen kontenjan senatörlerinden oluşuyor. Seçimle gelmeyen önemli bir grup, seçimle oluşması gereken Parlamento'da yer alıyor.
- c) Anayasada Milli Güvenlik Kurulu yer almış. 1971 değişikliği ile de, askeri bürokrasi, kararlarda belirleyici rol oynamaya başlamış, yasamanın üstünlüğü zayıflatılmıştır.
- d) Yargı bağımsızlığı önemli ölçüde sağlanmıştır.
- e) 1961 Anayasası, "Kamu yararı, genel ahlak, kamu düzeni, sosyal adalet ve milli güvenlik gibi sebeplerle de olsa, hak ve hürriyetlerin özüne dokunamayacağı" kuralını kabul etmiştir.

Bu ilerici özelliği ve yargı bağımsızlığını sağlamaya yönelik kuralları nedeniyle, sol ve demokrat kesimler anayasaya sahip çıkmışlardır.

### 1982 Anayasası

Tolumsal bilinçlenmeyi ve hareketliliği 1961 Anayasasıyla önleyemeyeceklerini gören asker-sivil bürokrasi ve onları destekleyen tekelci sermaye; 1971 yarı askeri darbeyle kısmen, 1982 darbesiyle de tamamen 1961 Anayasasından kurtuldular.

Halen yürürlükte olan anayasa, 12 Eylül rejiminin ürünüdür. Rejimleri tanımlayan, uygulamadaki portresini gösteren başta anayasalar ve diğer yasalardır.

Türkiye, bugün 5 kişilik askeri cuntanın (yönetmel kurulun) zorlanmasıyla düzenlenen bir anayasa ile yönetilmenin sıkıntılarını yaşıyor.

- a) 1982 Anayasasına göre, Türk milli menfaatleri, Türk varlığı, Türklüğün tarihi ve manevi değerleri, Atatürk milliyetçiliği temel değerlerdir.

Bunların karşısında olan hiçbir düşünce ve mülahaza korunma göre-  
mez ve açıklanamaz.

Bu totaliter anlayış, devletin resmi ve tekçi ideolojisi olarak kabul ediliyor.  
Bu totaliter anlayış, çoğulculuğu ve kendisiyle çelişkiye düşen bütün ev-  
rensel değerleri reddediyor.

b) Anayasa “yasak dil” kavramını getirmiştir. 26. maddede “düşüncelerin  
açıklanması ve yayılmasında kanunla yasaklanmış herhangi bir dil  
kullanılamaz”, 28. maddede “kanunla yasaklanmış olan bir dilde yayım  
yapılamaz” denilmektedir.

c) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili maddelerin ilk fıkralarında, belli bir  
hak ve özgürlük sayıldıktan sonra, onu izleyen fıkralarda o hak ve öz-  
gürlük, bir takım sınırlamalarla, ya yok edilmiş, ya da içi boşaltılmış-  
tır.

d) Yasamanın üstünlüğü ortadan kaldırılmış, askeri bürokrasinin belirle-  
yici olduğu Yürütme, üstün konuma getirilmiştir.

Cumhurbaşkanına, hiçbir parlamenter sistemde olmayan geniş yetkiler  
tanınmıştır. Sorumsuz, fakat geniş yetkilerle donatılmış Cumhurbaşkanı  
yanında, Milli Güvenlik Kurulu kanalıyla, askeri bürokrasi kararlarda be-  
lirleyici konuma getirilmiştir.

e) Yargı bağımsızlığı ve Tabii Hakim ilkesi yok edilmiştir.

1961 Anayasasında yer alan “Tabii Yargı Yolu”, 1982 Anayasasında “Kanun-  
ni Yargı Yolu”na dönüştürülerek Devlet Güvenlik Mahkemelerinin kurulu-  
şuna imkan sağlanmıştır.

1982 Anayasası, sıkıyönetimin bütün yurttta uygulandığı, onbinlerce in-  
sanın gözaltında ve cezaevlerinde bulunduğu, bütün parti, sendika ve der-  
neklerin kapatıldığı, düşünce açıklamanın ve özellikle siyasal durumu ve  
koşulları eleştirmenin olanaksız olduğu bir dönemde halk oyuna sunuldu.  
Halka iki seçenek verildi. Ya anayasa tasarısının kabulü veya askeri yöne-  
timin devamı. Halk, sivil yönetime geçiş umudunu seçti. Tasarının içerdi-  
ği kuralları bilmeden veya bilse bile aldırmadan.

Meşruluk; her tür baskı ve yasaklardan uzak yapılmak istenen şeyin sonuçlarını sorgulayabilecek iradelerin tartışma süreçlerinden geçmesiyle sağlanır. 82 Anayasasında böyle bir irade yoktur.

Ayrıca tek işlemle hem anayasa, hem de devlet başkanı oylanmıştır. Kimin hangisini isteyip, diğerini istemediği, iradesinin kullanımı da engellenmiştir. Seçenek hakkı bırakılmamıştır.

Darbeci anlayış ve onunla işbirliği yapan bürokratlar, kendi anlayışlarına uygun bir devlet modeli kurmak ve bu modeli de her türlü tartışmanın ve değişimin dışında tutmak, vatandaşlara ve kurumlara karşı korumak istediler. Bunun için de bütün toplumsal ilişkiler ve kurumlar bu amaçla ayrıntılı şekilde düzenlendi. Yasa, tüzük, hatta yönetmelik konuları bile anayasa kapsamına alındı.

Oysa ki; anayasalar, devleti değil, bireyi korumayı esas almalıdır.

Örgütlenmiş siyasal birim olan devletin gücünü sınırlayan, bireyin hak ve özgürlüklerini koruyan, geliştiren, çiğnenmelerine karşı denetim yollarını belirleyen, iktidarın tek elde toplanmasını önleyerek çoğulculuğu benimseyen, toplumsal dengeleri sağlayan her tür hukuk dışılığı engelleyen metinler demokratik anayasalardır.

Toplum sürekli değişiyor. Toplumun bütün kesimleri, değişimi önleyen ve çoğulculuğa karşı olan bu anayasayla çatışma halindedir. Bu antidemokratik sistemden yararlanan bir azınlığın dışında hiç kimse bu anayasadan memnun değildir. Örneğin, 1980'lerde, sendikal hareketleri önlemek, işçi ücretlerini düşürmek ve kamuoyunun denetiminden kurtulmak için totaliter bir yönetimi özleyen büyük sermaye, askeri cuntayı ve onun eseri olan 1982 Anayasasını destekliyordu. Bugün, aynı kesimler, ekonomik çıkarları için AB'ye girmeyi tercih etmekte, AB'nin koşul olarak ileri sürdüğü, demokrasi ve insan hakları değerlerine dayalı bir anayasanın kabulünden yana ağırlıklarını koymaktadırlar.

1982 Anayasasının, hukuksal bir belge olmaktan uzak ve demokratikleşmenin önündeki en büyük engel olduğunu herkes ifade ediyor. Aydınlar, demokratik kurumlar sürekli tartışıyorlar. Fakat bunlar anayasayı değiştirme gücüne sahip değillerdir. Bu yetkiye ve güce sahip olanlar ise bu

alandaki varlıklarını, yetkilerini ve güçlerini, bu anayasanın getirdiği sisteme borçlu oldukları için değişiklik girişimlerini önlemeye çalışıyorlar.

Bugün, anayasayı değiştirmek veya yeni bir anayasayı kabul etmek TBMM'nin yetkisi dahilindedir. Bugünkü meclis ise bu anayasaya ve bu anayasaya uygun olarak yapılmış siyasi partiler ve seçim kanunlarına göre oluşmuştur.

Askeri bürokrasinin belirleyici olduğu yürütme gücü, yasama gücüne egemendir. Toplumun çoğulcu yapısının yansıtılmadığı ve önemli toplum kesimlerinin temsil edilmediği TBMM, yürütme gücüne rağmen, radikal bir değişiklik kabul edecek siyasi iradeye sahip görünmüyor.

Oysa iç ve dış koşullar, sivil ve demokratik bir anayasanın kabulünü Türkiye'ye dayatıyor. Bu geri yapıdan kurtulmak için başka seçeneğin bulunmadığını herkes kabul ediyor. Bu nedenle, hem siyasal ve ekonomik zorunluluklar, hem de iç ve dış gelişmeler ve etkiler, kişisel ve grupsal çıkarlarına ters düşse bile, yasama ve yürütmeye egemen olan iktidar gücünü, anayasal değişimi kabule mecbur edeceğine inanıyoruz.

### **Türkiye için nasıl bir anayasa?**

Geri kalmışlıktan kurtulmak isteyen bir Türkiye'nin önünde, Avrupa'yla bütünleşmenin dışında başka bir seçenek görünmüyor.

AB; birliğe katılmak isteyen Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri için "Kopenhag Kriterleri" olarak adlandırılan bazı koşulların yerine getirilmesini kararlaştırmıştır.

Kopenhag ekonomik kriterleri, Gümrük Birliği'ne girmiş olan Türkiye için önemli sorunlar yaratmayacak. Türkiye ekonomisinin AB ekonomisiyle entegrasyonunda çok önemli sorunlar çıkmayacaktır.

Önemli olan Kopenhag siyasi kriterleridir. Bunlar da; demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını ve azınlıklara saygı ile, azınlıkların korunmasını güvenceye alan kurumlardan istikrarın sağlanmasıdır. Yeni bir anayasa, Kopenhag siyasi kriterlerine uygun olarak düzenlenmek durumundadır. Fakat bu kriterlere uyma zorunluluğu bulunmasa bile, yine de, toplumun çoğulcu yapısına, demokrasi ve insan hakları değerlerine uygun bir anayasayı kabul zarureti vardır.

“Türkiye için nasıl bir anayasa” sorusunun yanıtını vermeden önce, yeni bir anayasanın hazırlanma ve kabul yöntemine açıklık getirmek gerekiyor. Çünkü yöntemdeki hata, demokratik, çağdaş bir anayasanın kabulüne engel teşkil eder.

Devletin kuruluşunu ve yapısını düzenleyen kısa ömürlü 1921 Anayasası istisna edilirse, her üç anayasa da, toplumun sosyolojik çoğulcu yapısıyla ve çağdaş demokratik değerlerle uyum içinde değildir. Bu, önemli ölçüde, anayasaların hazırlanma ve kabul yöntemlerindeki özelliklerden kaynaklanmaktadır.

1924 Anayasasını ve sonraki değişiklikleri düzenleyen ve kabul eden organ; katı bir milliyetçiliği benimseyen ve devletle özdeşleşen CHP'nin, iki dereceli seçimle, daha doğrusu merkezden tayinle oluşturduğu TBMM'dir. Bu meclisin, nitelik olarak, Batı'daki parlamentolarla bir benzerliği yoktur. Toplumun çoğulcu yapısı bu meclise yansımamış ve gerçek halk iradesi orada temsil imkanı bulamamıştır.

Son iki anayasa ise askeri yönetsel kurulların hazırlayıp kabul ettirdiği anayasalardır.

Anayasalar, toplumdaki güç dengelerine bağlıdır. Bir sınıfın, katmanın veya grubun egemen olduğu bir dönemde yapılan anayasalar, egemen gücün ideolojisini ve o ideolojinin ardında saklanan çıkarlarını yansıtır. Demokratik bir anayasa için toplumun bütün kesimlerinin tartışmalara katılmaları ve kararlarda söz sahibi olmaları gerekir.

Çünkü; anayasalar toplumsal sözleşmelerdir. Halk iradesi ve talepleri öncelikli olmalıdır.

Eğer egemenliğin gerçek sahibi halksa, bu hakkı kullanma; kural, yöntem ve koşullarını da kendisi saptamalıdır.

İlkelerini tartışmalı, sonuca varmalı ve kuralını yapmalıdır. Bu hakkın teslimi en azından demokratik bir anayasa kadar önemlidir.

Ancak bunun kadar önemli olan “meşruiyet”tir. Türkiye'nin demokrasi kültürü karnesinin iyi olmadığını, istikrarsızlığın yanında taşıdığı güvencesizliği de dikkate almalıyız. Bu anlamda “anayasal meşruiyetin” tanımı,

kriterleri, klasik hukuk terminolojisi aşılarak, somut koşullara ve çağa göre yorumla kavuşturmak gerekir. Sonuç olarak toplumsal kabul ile birlikte evrensel hukuk normlarına uygunluğu ile, ihtiyaçlara yanıt olur ve kalıcılaşır.

Bunun için de, toplumun çoğulcu yapısını yansıtmayan ve halkı temsil etmeyen bu parlamento yerine, toplumdaki bütün sınıf, tabaka ve grupların temsil edildiği bir parlamentonun oluşması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. bu bakımdan Siyasi Partiler Kanunu ile Seçim Kanunu en az Anayasa kadar önemlidir. Çünkü parlamentonun niteliğini belirleyecek olan bu kanunlardır.

Lider sultasına imkan veren ve % 10'luk barajla toplumun önemli bir kesiminin parlamentoda temsilini engelleyen bu kanunlar yürürlükte kaldıkça, demokratik bir anayasanın kabulü mümkün değildir.

Öncelikle bütün toplum kesimlerinin temsiline imkan veren barajsız bir Seçim Kanunu ve siyasi partileri lider sultanından kurtarıp, yönetim değişikliğine imkan veren ve adayların seçimini yargı denetimindeki parti üyelerine bırakan bir Siyasi Partiler Kanunu öncelikle kabul edilmelidir. Türkiye siyasi parti kapatma ayıbından kurtulmalıdır. Partiler ancak halkın özgür iradesi ve oyları ile sandıkta siyaseten kapatılabilmeli, ayrıca siyasi partilere hazineden yapılan yardım da adil, yansız, seçmenin iradesini de yansıtacak objektif kriterlere bağlanmalıdır.

Bundan sonraki adım, özgür bir tartışma ortamının yaratılması için gerekli düzenlemeleri yapmaktır. Bunun için de düşünce ve örgütlenme özgürlüklerinin tam olarak kabul edilmesi gerekir. Düşünce ve örgütlenme özgürlüklerinin önünde duran bugünkü engeller kaldırılmadıkça, özgür bir tartışma ortamı sağlanamaz. Oysa demokratik bir anayasanın hazırlanması için herkesin ve her örgütün kendi düşünce ve kanaatlerini açıklayabilmesi ve hiçbir kişi ve kesimin bu tartışma alanının dışında bırakılmaması gerekir.

Özgür bir tartışma ortamı sağlanıp, yeni bir Siyasi Partiler Kanunu ve Seçim Kanunu ile bütün toplum kesimlerinin, güçleri oranında temsil edildiği bir parlamento yeni anayasayı hazırlamalıdır. Bunun için de demokratik bir seçim yasasıyla erken seçim öneriyoruz.



O zaman demokratik bir anayasanın hazırlanması için gerekli olan koşullar yaratılmış olur. Kurucu Meclis görevini de görecek bu parlamento, sivil ve demokratik bir anayasa hazırlayabilir. Bu anayasa halk oyuna sunulur ve halkın çoğunluğu onaylarsa Türkiye ilk kez sivil ve demokratik bir anayasaya sahip olur.

Nasıl bir anayasa?

Demokratik anayasaların iki temel özelliği, sınırlama ve uzlaşmadır.

Devleti ve iktidar gücünü sınırlamak suretiyle kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencelerini sağlarlar. Bütün toplum kesimlerinin katıldığı genel bir uzlaşma ve kabule dayanırlar.

Demokratik anayasaların üstünlüğü, salt hukuk kurallarını içermelerinden değil, toplumsal güç dengelerine dayanan genel uzlaşmanın toplumda yarattığı saygınlıktan ileri gelir.

Türkiye, bugüne kadar, bu iki özellikten yoksun anayasalarla yönetildi. Toplumun sınıfsal, etnik ve kültürel yapısına ters düşen bu anayasalar, bugünkü siyasal, ekonomik ve ahlaki krizlerin doğmasına yol açtı. Sürekli hale gelen bu krizlere son vermek ve yapısal değişimi sağlamak ancak sivil ve demokratik bir iktidarla ve bir hukuk devletini oluşturmakla mümkündür. Bunun için de değişimi engellemeyen ve aşağıda açıklanan niteliklere sahip bir anayasaya ihtiyaç vardır.

a) Devlet, sivil ve demokratik toplumun ihtiyaçlarına cevap veren işlevleriyle bir teknik aygıt olarak anayasada yer almalıdır.

Devletin ideolojisi olmamalıdır. Devlete kutsallık izafe eden metafizik anlayışlardan uzak kalınmalıdır. Toplumun hizmetinde olan, kişi hak ve özgürlüklerinin güvencelerini sağlayan bir devlet yapısının düzenlenmesine yer verilmelidir.

Bu da; yeni bir demokratik ve insan haklarına dayalı, halkın “tebaa” olmadığı, devletin de halkın hizmetinde olduğu yaklaşımı temel referans olmalıdır.

Türkiye'nin önünü kapalı tutan, devletle vatandaş arasındaki ilişki ve ilişki büyük bir sorundur. Türkiye'de genellikle ve çoğunlukla devlet, va-

tandaşını potansiyel bir tehlike olarak görmüş ve güvensizlik duymuştur. Bundan ötürü de kısıtlamalar getirmiş, olağanüstü haklara sokmuştur. Onun için kendisine olağanüstü, süper yetkiler tanımış bununla da tatmin olmamış, o yetkileri de aşmıştır. İşte bu devletin anlayışdır, ama haklı, meşru ve hukuki yönü yoktur.

b) Kuvvetler ayrılığına yer verilmelidir. Yasamanın üstünlüğüne dayanan ve parlamentonun Yürütmeyi denetlemesine imkan sağlayan bir düzenleme esas alınmalıdır.

Devlet kurumlarının şeffaflaşmasını sağlayacak etkin düzenlemeler yer almalı ve bütün eylem ve işlemler Yargı denetimine tabi olmalıdır.

c) Hukuk Devleti'nin oluşması için temel şart olan Yargı Bağımsızlığı, yoruma ihtiyaç göstermeyecek ölçüde sağlam kurallara bağlanmalıdır.

Hakim ve savcıların özlük işlerine, kendi aralarından seçtikleri kurullar bakmalıdır. Yürütme ve Yasama'nın Yargı üzerinde herhangi bir etkinliği olmamalıdır.

d) Milli Güvenlik Kurulu kaldırılmalı, askeri bürokrasi sivil iktidarın emrinde olmalıdır. NATO üyesi olan Türkiye'de de, diğer NATO ülkelerinde olduğu gibi Genel Kurmay Başkanlığı, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlanmalıdır.

İktidarın demokratik ve sivil niteliğini gölgeleyecek, atanmışların seçilmişlere üstünlüğüne yol açacak gelişmeleri önleyici mekanizmalar oluşturulmalıdır.

e) Yürürlükteki 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" der. Fakat Yargı organları, bu antlaşma hükümlerinin kanun kurallarıyla çelişmesi durumunda kanunlara öncelik vermektedirler.

Oysa, hukukun "ahde vefa" ilkesine göre, milletlerarası antlaşmaların öncelikli olarak uygulanması zorunludur. Parlamento tarafından onaylanan antlaşmaların bir devlet taahhüdü olarak da bağlayıcılığı vardır.

Hemen belirtelim ki; Türkiye'nin de içinde yer aldığı ortak Avrupa Hukuku, ortak evrensel değerler de kendini dayatmaktadır. Uluslararası sözleşme ve antlaşmalar, anayasaların hazırlanmasında kaynak özelliği taşır.

Bu ilke esas alınmalıdır. Özellikle İkinci Dünya Savaşından sonra bu sözleşmelerin, iç hukuk düzenlemelerine büyük etkisi olmuştur. Bu etki giderek de çoğalmaktadır. Türkiye; BM, Avrupa Konseyi, AGİT gibi bir çok uluslararası kuruma ait sözleşmeleri imzalamış ve bunların çoğunluğu TBMM tarafından onaylanmıştır. Bunların önemli bölümü, evrensel hukuk kurallarının uygulanması ve insan haklarıyla ilgili sözleşmelerdir. Bir "Hukuk Devleti"nin oluşmasında vazgeçilmesi mümkün olmayan temel kuralları içermektedirler.

Bu nedenle, Anayasada TBMM tarafından onaylanan uluslararası sözleşmelerin, yasa kurallarıyla çatışması durumunda, öncelikli olarak uygulanacağı kuralı yer almalıdır. Bu, Türkiye Cumhuriyeti mevzuatının hukuksizleşmesini ve hukuk devletinin oluşmasını sağlar.

- f) Devlet gelir ve giderlerinin, Sayıştay ve dolayısıyla parlamentonun denetiminde olması gerekir. İktidarlar, genel bütçenin dışında fonlar tesis ederek bu denetimden kaçma yolunu bulmuşlardır. Bu durum hem ekonomik sorunlara ve hem de büyük yolsuzluklar nedeniyle siyasi sorunlara yol açıyor.

Bu nedenle, bütün devlet gelir ve giderlerinin Sayıştayın denetiminde olacağı kuralı anayasada yer almalıdır.

- g) Türkiye, parlamenter sistemi ve Yasamanın üstünlüğü kuralını kabul etmelidir.

Cumhurbaşkanının yetkilerinin sınırlandırılması ve denetlenmesi gerekir. Yasa koyucu, kullanılan yetkilere paralel olarak bir sorumluluk formülü de koyabilmelidir.

- h) 1921 Anayasasındaki "tüzel kişiliği" olan "özerk"lik ve nahiyeler anlayışından hareketle, yerel meclislerin, vali ve kaymakamların seçimle işbaşına geldiği bir ademi merkezîyetçi sistem kabul edilmelidir. Merkezi iktidarı dengeleyecek bir "yerel iktidar" olgusu yaratılmalıdır.

- i) 1982 Anayasasının 66. maddesinin 1. Fıkrası (Türk Devleti'ne, vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk'tür) der. Bu belirleme bilim dışı ve insan doğasına aykırıdır.
- j) Bakınız, bugün Türkiye'nin önemli yapısal sorunlarının başında Kürt Sorunu ve Laiklik Sorunu bulunmaktadır. Belki bilimsel kural olarak anayasalar bu tür sorunların çözümünü metinlerine koymazlar ancak bu tür yaşamsal sorunların çözümünün hangi kural, yöntem ve değerler kapsamında çözüm bulacağını belirlerler. Anayasalar; çözüm metinleri değil ama çözümün hangi kurumda ve nerede aranabileceğini gösteren metinlerdir.

Her vatandaşın vazgeçilmez, değişmez temel hakları vardır. Kürtlerin de kendilerini kimlikleriyle özgürce ifade edebilme, kültürlerini geliştirme, anadillerini konuşma ve geliştirme, eğitim yapma, görsel, yazınsal ve işitsel medya hakkını kullanma, Kürtçe isim ve yerleşim birimi ismi vs. hakları vardır. İşte anayasanın özünde bunların güvence altına alınması veya kaldırılması gerekir.

Bu amaçla bütün etnik ve kültürel farklılıklar bir alt kimlik olarak Türkiye üst kimliğinde birleştirilmelidir.

Yeni anayasada milliyetçi ideoloji değil, demokrasi ve insan hakları değerleri belirleyici olmalı ve bir hukuk devletinin oluşması sağlanmalıdır. Türkiye'nin girdiği çıkmazdan kurtulmasının tek yolu budur.

Böylesi meşruluktan ve toplumun taleplerine yanıt vermekten uzak bir anayasanın değişikliklerle demokratik bir yapıya dönüştürülmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla yeni bir anayasanın hazırlanması en doğru yöntemdir.

Yeni anayasa; gelişim ve dönüşümü engelleyen katı kuralların bulunmadığı kısa, öz, toplumun ortak paydasına dayanan, din, dil, cinsiyet ve etnik ayırım yapmadan; bütün kesimleri ve kültürleri kapsayan ve onlara eşit bir biçimde yaklaşan, haklarını tanımlayan ve bu hakların kullanılmasını güvenceye alan bir üst hukuk normu olmalıdır.

Halkın Demokrasi Partisi Sözcüsü Sayın Hamit Geylani'ye bu canlı, hepimizi tekrar düşünmeye sevk eden konuşmasından dolayı teşekkür ediyorum.

Siyasilerle ilgili görüş açıklamaları bitti. Şimdi sözü akademisyenlere ve yargı mensuplarına vereceğim. Yalnız siyasilerin konuşmasından çıkan son derece olumlu bir tablo var, insanı düşündürüyor. Yapılacak Anayasada ağırlık, birey eksenli bir Anayasa, özgürlükçü bir anayasa. İdarede, yönetimde isterseniz şeffaflık, yargı bağımsızlığı, bunların hepsini kucaklayan ve açık rejimin asıl güvencesi olacak olan sivil toplum çok telaffuz edildi. Tabii, sivil toplum sözcüğü belki bu kavrama yabancı olanlara biraz ışık tutar. Çok yalın bir ifadeyle şöyle dile getirebiliriz: Sivil toplum, düşüncelerin hiç kimsenin tekelinde olmadığı bir toplum. Sivil toplum özerk kuruluşlardan dokunmuş bir toplum; örgütlenebilme, kendini ifade edebilme özgürlüğünün mevcut olduğu. Biraz abartılı bir ifadeyle yaratıcı kaosun bulunduğu bir toplumdur, dinamik bir toplumdur. Bizim, Türk toplumu olarak en büyük gereksememiz o. Türkiye açık toplum; siyasi partileriyle geniş bir yelpaze oluşturuyor, ama açık toplumun müdahalelerden arınabilmesinin uzun vadeli güvencesi, hiç kuşkusuz sivil toplum olacaktır. Bunun burada tekrar dile getirilmiş olması sevindiricidir. Hiçbirimiz şunu da düşünmekten geri kalmıyoruz: Parlatonun temsilcileri, bu denli özgürlükçü, açılmaya hazır; ama Parlatomuzda bunun somut örneklerini göremiyoruz. Bu da bize yakında birtakım değişikliklerin olabileceğini gösteriyor. Artık geriye adımlar yok. Türkiye, hukuk alanında kendine güvenebilir bir toplum düzeyine gelmiştir; bu çok açık. Bir cumartesi günü böyle bir kalabalıkta bunları ifade edebiliyoruz.

Ben; siyasi parti mensuplarına böylesine özgür bir ortamda salt düşüncelerini çekinmeden, herhangi bir endişeye kapılmadan dile getirmelerinden dolayı hepimizi mutlu kıldıkları için teşekkürlerimi bizzat kendilerine ifade edip sözü akademisyen arkadaşlara bırakıyorum. Baronun temsilcileri aramızda.

Sayın Yılmaz Aliefendioğlu Anayasa Mahkemesi eski üyelerinden. Halen Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Evet Sayın Ali-

efendioğlu. Yalnız m¼mk¼nse, ben bu kez size sığınarak 10'ar dakikayla sınırlanmasını rica ediyorum. Sorular da olabilir, konuşmak, buradaki düş¼ncelerin açıklanmasıyla yetinmek istemeyenler olabilir. Onlara da bir imkân tanıyabilirsek iyi olur diye düşünüyorum. Buyurun.

## Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fak¼ltesi

Teşekk¼r ederim Sayın Başkan.

Efendim, görüş¼m¼ 3 kısa başlıkla arz etmeye çalışıyorum. Birisi, bug¼nk¼ konuşmamızın başında "T¼rkiye için nasıl bir Anayasa" konusunu tartışıyoruz. Burada "bir Anayasa nasıl yapılmalıdır?" sorusuna cevap vermek istiyorum. Bu Anayasayı kim yapacak? Bence evvela üzerinde durulacak en önemli konulardan birisi de bu. Mevcut Parlamento belirli süre içinde statik bir konuma girer ve böyle bir Parlamento içinde asli kurucu iktidar kurularak yepyeni bir Anayasa yapılması çok zor, hatta imk¼nsız.

Anayasalar, toplumsal uzlaşma belgeleridir ve öyle olmalıdır ve bunu sağlamak için anayasaların yapılışında da bu özelliklere dikkat edilmesi gerekir. O halde yeni bir Anayasa yapmak için kanımca yeni bir kurucu iktidarın, yeni bir kurucu meclisin oluşturulması gerekir; ancak bundan önce toplum yeni bir Anayasa için hazırlanmalıdır. Toplum, evvela en geniş şekilde yeni Anayasa konusunu tartışmalıdır, tartışılmalıdır, bilinci artırılmalıdır. Daha sonra yeni bir seçime gidilmek suresiyle bir kurucu iktidar ya da bir kurucu meclis oluşturulmalıdır. Kanımca bu kurucu meclis iki bölüml¼ olmalıdır; yani yasama organı iki mecliste olmalıdır. Birisi normal seçimle gelecek kısım, ikincisi de korporatif niteliği ağır basan bir meclis olmalıdır. Burada çeşitli kurumların temsilcileri yer almalıdır. Üniversiteler almalıdır, sivil toplum örg¼tleri yer almalıdır, yerel yönetimler bu mecliste yer almalıdır ve bu meclis daha dinamik bir yapı içinde ikinci bir meclisi oluşturmalıdır. Bunlar birlikte kurucu meclis oldukları zaman, yeni Anayasa yapılması görevi böyle bir meclise verilmeli, daha sonra da halk oyuna gidilmelidir kanısındayım; bunu bir yöntem olarak arz etmek istedim.

İkinci arz etmek istediğim görüş, yeni bir Anayasa yapılırken nelere dikkat edilmesi konusunu çok kısa başlıklarla söylemek istiyorum. Evvela ideolojik bir Anayasa yapılmasından kaçınılmalıdır -zaman tasarrufu açısından açıklamaya girmiyorum- kendi içinde çelişkili olmayan bir Anayasa yapılması yoluna gidilmelidir. Anayasa fazla ayrıntılı olmamalıdır, insan haklarına dayanan bir devlet yapısının öngörmelidir. Özgürlükçük, demokratik, çoğulcu ve katılımcı bir Anayasa olmalıdır. Laik devlet niteliğini koruyan bir Anayasa olmalıdır. Çatışmayı, ayrımcılığı değil uzlaşmayı ve hoşgörüyü esas alan bir Anayasa olmalıdır.

Kısaca önerilerimi de arz etmek istiyorum. Bu Anayasada Avrupa Birliği hukukuna uyum sorunu için geçiş yolları olmalıdır. Hükümet çağdaş Anayasa, seçmenlerin sadece oy kullandığı, temsili hükümet sisteminden yarı temsili hükümete ya da yarı doğrudan demokrasiye geçişin yolları aranmalıdır. Bu amaçla Anayasada Meclisin feshi, erken seçim, dilekçe hakkı, önemli konularda eğilim belirleyici halk oylaması, dayanışma grevi, kimi koşullarda halkın yasa önerisi gibi etkileme yolları açık olmalıdır. Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı tam sağlanmalı, Anayasa uluslararası hukuk kurallarına da geçiş yollarını da içermelidir, açık tutmalıdır.

Küreselleşme yeni Anayasada düzenlenmelidir. Bundan kaçınmak olanaklı yoktur, mutlaka bu geçiş yolları açık bulunmalıdır; ancak yeni bir Anayasa evrensel ölçütlerle ulusal özelliklerin birleşimine dayanmalıdır ve iç sanayi ve çalışanları koruyucu kuralları da içermelidir. Düşünce ve anlatım özgürlüğü bu Anayasada en geniş şekilde ifade edilmelidir, dil yasağı kesinlikle kaldırılmalıdır. Örgütlenme ve toplu tavır koyma özgürlüğü bu Anayasada tanınmalı ve suç oluşturmayan sivil itaatsizlik dahi, uygar bir toplumun kendisini ifade biçimi olarak kabul edilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukuk kurumu, iç hukuk kuralları durumuna dönüştürülmelidir, ölüm cezası kaldırılmalıdır. İşkence, bir insanlık suçu olarak kabul edilmeli ve en ağır şekilde cezalandırılmalıdır. Savunma suçlamayla başlamalı, savunma hakkını önleyici durumları kaldırmak ve savunmak hakkını kolaylaştırıcı önlemler almak devletin görevi olmalıdır. Kitle iletişim araçları da Anayasada geniş bir şekilde yer almalıdır. Kitle iletişim araçları, hem basın özgürlüğü ve hem de yayın özgürlüğü konusunda Oktay Ekşi bey sabahleyin basın özgürlüğü değil, iletişim özgürlü-

ğü olarak söz ettiler; ama ben, basın ve yayın yerine de iletişim özgürlüğü olarak söyleyebileceğim. Kamuoyu baskını oluşturacak yönü dikkate alınmalıdır.

Anayasada din ve vicdan özgürlüğü ilkesine ve laik devlet niteliğine uygunluk sağlanmalıdır. Bu amaçla ilk ve ortaöğretim kurumlarında zorunlu din ve ahlak dersleri verilmesi uygulamasına son verilmelidir. Tabii, burada belki bazılarına ters düşüyorum; ama Diyanet İşleri Başkanlığı genel idare içinden çıkarılmalıdır ve laik öğretim 11 yıla yükseltilmelidir.

Sendikal haklar ILO Sözleşmelerinin belirttiği standartlar esas alınmalıdır. Kadın hakları ayrıca Anayasada tanınmalı, kadın karşı her türlü ayrımcılığını önlenmesi Anayasada belirlenmelidir. Çocuk hakları, Anayasayla korunan haklar kataloğu içine alınmalıdır. Sokak çocuklarının korunması ve topluma kazandırılmasıyla ilgili kurallar ayrıca Anayasada yer almalıdır.

Bir de son olarak şunu söyleyeyim: Anayasa, bireyi ve devleti çevreye ve doğaya karşı sorumluluk altına sokmalıdır.

Belirtecek çok husus vardı onlar kaldı. Peki efendim teşekkür ederim. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim Sayın Aliefendioğlu.

Oturumun sonunda bir değerlendirme yaparken belki şu noktaya da dikkat etmek lazım: Sık sık çerçeve Anayasa olması dile getiriliyor -ki çok ayrıntılara girmemesi anayasacılık hareketinin bir özelliğidir- ama Anayasada yer alması istenen o kadar çok öneri var ki, bu taktirde de Anayasa, çerçeve Anayasa olabilir mi düşüncesinin tartışmasını da hemen getiriyor. Evet bunu toplantının, konuşmaların hitabında tekrar değerlendirebiliriz ya da akademisyen arkadaşlarımızdan biri de bu noktaya değinebilirse iyi olabilir.



Sözü, Fransız meslektaşım Alain Bockel'e sözü vermek istiyorum. Kulaklıklarınızı kullanabilirsiniz.

## **Prof. Dr. Alain Bockel**

### *Fransızca Metin*

*Merci Monsieur le Président. Donc je vais parler en français. Quelques francophones ici qui ont le plaisir de mettre les écouteurs de côté; malheureusement je suis désolé pour le reste de l'auditoire qui ne parle pas le français et va mettre cette chose sur la tête pour en écouter.*

*Je suis le seul étranger à participer à ce débat sur la question fondamentale, un débat qui paraît de ne pas être un débat formel. Compte tenu de l'assistance qui là de la qualité des intervenants et du contexte dans lequel ce débat se situe. Et je voudrais dire Monsieur le Président que je suis sensible à l'honneur et à la confiance que vous m'avez faites en m'ayant invité à participer à cette table ronde. Je voudrais de ne pas décevoir, et ce qui se pose que je parle franchement, je dis ce que je pense sinon faillant de ce qui m'intéresse, et je parlerai quand même sur la base d'une expérience de quatre années passées en Turquie à l'Université de Galatasaray où j'ai eu l'occasion à la fois d'observer la situation et de partager des discussions passionnantes avec mes collègues et avec mes amis.*

*J'ai écouté avec beaucoup d'intérêt les propositions qui ont été faites par les représentants des partis politiques. Ce sont des propositions riches et intéressantes. J'ai notamment apprécié tout ce qui concerne les réflexions sur la nouvelle conception des rapports entre l'Etat et les citoyens et qui me paraissent effectivement d'être une réflexion fondamentale. J'ai écouté la proposition de l'ANAP, du CHP, du DYP, les propositions un peu différentes du MHP et du Fazilet, et les suggestions d'ailleurs pendant les discussions de l'HADEP. Il y a une nouvelle conception des rapports entre les citoyens et l'Etat qui est proposée, et il y a également beaucoup de propositions sur le statut des libertés publiques et les libertés et les droits de l'homme. Et en total c'est une véritable réécriture de la Constitution qui est proposée.*

*Réécriture pourtant pas totale; parce qu'une question n'a pas été abordée ou à peine abordée. Et c'est celle de l'organisation du pouvoir politique.*

*Et quelques remarques sur la durée du mandat du Président et sur la restriction du pouvoir du Président, qui me paraît paradoxale, j'y reviendrai, sur le statut du Conseil de la Sécurité Nationale, et pratiquement rien sur l'aménagement du pouvoir public entre le Président, le Gouvernement et le Parlement. Cela signifie-t-il que tout va bien? Que façon dont la démocratie se développe en Turquie et dont la Turquie est gouvernée, et la stabilité de l'Etat est assurée. Tout cela ne font pas l'objet d'aucune proposition faite. L'activité me paraît selon mon journal d'aujourd'hui montre que ce n'est exactement pas le cas. Et alors il y a un mystère si vous voulez, parce qu'on a l'impression, outre les difficultés que rencontre la Turquie dans son Gouvernement comme beaucoup de pays d'ailleurs, il y a une difficulté supplémentaire qui est la crainte devant une réforme importante, notamment du pouvoir politique. On a l'impression que l'on n'a pas touché l'équilibre du pouvoir, de la crainte de surprise, la crainte de bousculer par ce qui sortirait de cette réforme. Parce que je pense que je ne me trompe pas, qu'il y a trois grandes difficultés dans le fonctionnement du pouvoir. Si cette déficite démocratique souvent soulignée, cette déficite gouvernementale dont on parle très souvent –je ne détaille pas ces questions- et c'est aussi une instabilité de l'Etat et qui fait l'objet d'une crainte souvent partagée. Et d'où la question que je me pose et que je voudrais vous poser ici à cette occasion et pour laquelle le temps n'est pas bien choisie et pour réfléchir sur un changement de l'organisation du pouvoir politique. Autrement dit, et n'y a-t-il pas des solutions pour essayer de mettre en place un régime plus efficace, plus stable et plus démocratique.*

*Et pour préciser encore la question, je me demande à moi-même s'il ne serait pas intéressant dans cet effort de réflexion de s'inspirer de quelques-unes de recettes que présent le modèle du régime semi-présidentiel.*

*Je parlais de ce régime dans une communication que j'ai faite le jeudi dernier dont le texte avec sa traduction en turque a été distribué. Si ce n'est pas dire que le système auquel je pense n'est pas l'application française qui ne paraît pas d'être adapté pour toute une série des raisons, mais plutôt sera du côté du Portugal ou de la Finlande et qu'il faudrait se tourner pour*

*avoir une idée de la façon dont ce régime pourrait fonctionner. Et en deux mots, c'est un régime où un président élu par le peuple dispose des pouvoirs d'Etat, chargé de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la République et de la nation.*

*Et c'est tout. Et à côté, se trouve un gouvernement qui gouverne avec la confiance du parlement comme dans les régimes parlementaires. Un modèle de ce type serait-il adapté à la Turquie, je n'en sais rien et ça ne m'incombe pas de se prononcer sur cette question. Je me borderai simplement et rapidement parce que le temps réduit depuis ce matin de présenter quelques-uns des avantages possibles de cette formule sans négliger les risques qu'elle comporte. Alors, les avantages, c'est je crois d'abord la sécurité et la stabilité de l'Etat qui peuvent être assurées par l'existence d'un président qui en a la charge, qui est à la fois le protecteur de la Constitution, un arbitre pour le fonctionnement du pouvoir public et un garant des intérêts supérieurs de la nation. Cela supposerait que ces pouvoirs non pas limités comme beaucoup le préconise. Il faudrait que le président puisse utiliser à fond le pouvoir que lui donne par exemple l'article 104 de la Constitution et qui dispose de quelques pouvoirs supplémentaires, notamment la dissolution du parlement et le renouvellement des élections. Et on peut même penser que si les fonctions du président assuraient la stabilité de l'Etat, cela permettrait au Conseil de la Sécurité Nationale également ce rôle et par lui à l'armée qui joue ce rôle de garant, peut être de se retirer du devoir politiquer au profit d'une instance démocratique. Pour ça, c'est une affection purement personnelle. C'est-à-dire l'Etat est le premier avantage; deuxième avantage: stabilité du gouvernement. Un gouvernement qui devrait être nommé par le Président seul, qui pourrait bénéficier, là je parcours très rapidement des chapitres entiers du droit constitutionnel, mais je ne peux faire autrement, qui pourrait bénéficier de quelques-unes des facilités constitutionnelles que propose la technique du parlementarisme rationalisé, et surtout un gouvernement qui pouvait s'appuyer sur une majorité parlementaire grâce à une réforme électorale. Alors, ceci m'emmène au troisième avantage: c'est plus de démocratie, et grâce au jugement du système électorale. Là si vous voulez qu'un mode de scrutin, pour le scrutin majoritaire à deux tours, et un mode de scrutin qui a la particularité à la fois de maintenir la pluralité*

*des partis, mais de pousser les partis à des coalitions, à des alliances et à des alliances qui sont proposées aux électeurs. Et je n'explique pas les raisons, mais ce mode de scrutin qui sera appliqué à la fois pour l'élection du président et l'élection du parlement peut introduire une véritable révolution dans les vies des parties, le fonctionnement des partis politiques. Cela s'est fait par exemple en France. Et dans le comportement des électeurs qui ont réussi à choisir entre deux options qui sont des options de gouvernements qui les engagera pour les années à venir.*

*Face à ces avantages, les risques existent mais paraissent faibles. Et le premier risque souvent avancé est le risque de donner le pouvoir aux adversaires du régime. Avec logique majoritaire un président ou une majorité parlementaire adverse du régime pouvait accéder au pouvoir. C'est peu probable avec ce mode de scrutin qui exige avant tout d'obtenir un chiffre de cinquante pourcent de voix plus pour arriver au pouvoir, et de toute façon qui suppose, étant donné la situation des partis, une alliance entre deux ou trois partis politiques pour obtenir la majorité.*

*Second risque, la ..... du parti majoritaires, du parti qui obtiendrait la majorité au parlement, comme cela s'est produit dans l'histoire de la Turquie et d'autres pays, mais ce n'est pas un véritable risque puisque le mode de scrutin impose une alliance entre plusieurs, entre deux ou trois partis pour obtenir la majorité. Et ensuite, le président est là, et qui dans le rôle et de protéger la Constitution et les intérêts supérieurs du pays et de la nation. Enfin on peut craindre l'abus de l'autorité du président, d'un président qui pourrait être un politicien usant, utilisant des pouvoirs importants et qui pourrait donc politiser l'administration, les grands corps de l'Etat, s'engager un régime autoritaire. Ce risque là aussi me paraît minime puisque le président n'a pas le pouvoir de gouverner, puisqu'il partage beaucoup de ces pouvoirs avec le gouvernement, notamment le pouvoir de nominations. Et de toute façon puisque le président doit faire l'objet de ..... du contrôle plus poussé notamment l'article 105 alinéa 2 je crois de la Constitution qui distance le président de tout contrôle ..... être supprimé*

*Voilà pour l'essentiel ce que je voulais dire. J'avais bien d'autres remarques à faire sur la réforme de la Constitution mais je crois que d'autres sont*

*mieux qualifiés pour le faire. Je voudrais simplement terminer en disant que le régime semi-présidentiel est essentiellement un régime de transition. C'est un régime dont le rôle ..... Et finalement les exemples historiques le montre et dont la vertu est de permettre de passer à une démocratie qui fonctionne correctement. Et là, c'est ce qui est passé au Portugal, c'est ce qui est passé en France. Et après cela, ce régime peut déperir. Et par exemple, je terminerai sur ce point: la Finlande qui avait adopté le régime semi-présidentiel vient d'abandonner par un récent ..... ce régime pour mettre en place une démocratie parlementaire classique. C'est ce que se passe également au Portugal.*

*Je crois que j'ai passé quelques deux minutes et je vous remercie pour m'avoir donné la parole.*

## **Prof. Dr. Alain Bockel**

### **Türkçe Açıklaması**

**BOCKEL:** Teşekkür ederim sayın Başkan. Öyleyse Fransızca konuşacağım. Buradaki bir kaç Frankofon arkadaşımız kulaklıklarını çıkarıp yanlarına koyup dinlemekten memnun olacaklardır ama diğer Fransızca konuşamayan ve bu şeyleri başlarına takarak dinlemek zorunda kalan konuklarımız için üzgünüm.

Konuşmacıların kalitesinden ve bu tartışmanın konusundan dolayı biçimsel olarak gözükmeyen bu esasa ilişkin tartışmaya katılan tek yabancı tartışmacıyım. Sayın Başkana beni bu açık oturuma davet ettiklerinden dolayı onur duyduğumu söylemek isterim. Kimseyi kırmak istemiyorum ama düşündüklerimi de açıkça söylemek istiyorum. Türkiye'de Galatasaray Üniversitesi'nde geçirdiğim dört yıl boyunca gözlemlemeye fırsat bulduğum durumları, meslektaşlarım ve diğer arkadaşlarımla gerçekleştirdiğim güzel tartışmalar üzerine edindiğim tecrübeleri temel alarak burada konuşacağım. Vatandaşlar ve hükümet arasındaki ilişkinin yeni boyutu hakkındaki fikirleri çok beğendim ve bence de bu sunulan fikirler çok önemlidir.

ANAP, CHP, DYP ve onlardan biraz farklı olan MHP ve FP ve de HA-DEP'in tartışmaları esnasında sunulan önerileri büyük bir ilgi ile dinledim. Devlet ve toplum arasında ilişki de yeni bir boyutu önermektedirler ve kamu özgürlükleri, insan hakları ve özgürlüklerinin konumu üzerinde bir çok öneri mevcuttur. Kısacası asıl olarak Anayasanın tekrar yazılması önerilmektedir. Fakat bura da Anayasanın tamamının tekrar yazılması söz konusu değil, bu konu üzerine hiç olmasa da çok az şeyler söylendi. Bu konu ise siyasi iktidarın örgütlenmesidir.

Bana çelişkili gözükten, Cumhurbaşkanının görev süresi ve Cumhurbaşkanının yetkilerinin kısıtlanması, bunlar hakkında bir kaç şey belirtmek istiyorum ama bunlara biraz sonra döneceğim, Mili Güvenlik Kurulu'nun konumu üzerine ve yine Cumhurbaşkanı, parlamento ve hükümet arasındaki kamusal gücün düzenlenmesi hakkında neredeyse hiç bir şey söylenmedi. Bu durum her şeyin her şeyin çok iyi gittiğini anlamına mı geliyor. Yani Türkiye'de demokrasi geliyiyor, Türkiye iyi yönetiliyor ve devlet istikrarı sağlanmış. Bütün bunlar konusunda hiç bir öneri getirilmedi. Bu gün ki gazetelere göre bu durumun böyle olmadığını bize göstermektedir. Diğer taraftan bir çok başka ülkede olduğu gibi Türkiye'de hükümetin karşılaştığı zorluklardan başka bir sorun daha var. Bu da, özellikle siyasi iktidar da önemli bir reformun gerçekleşmesi durumunda söz konusu olur. Sanki, beklenmedik bu reformun ortaya çıkaracağı sonuçların her şeyi alt üst edeceği korkusu yüzünden bu iktidar dengesine hiç değinmedik bile. Bu konuda yanıldığımı düşünmüyorum çünkü iktidarın işleminde üç büyük sıkıntı var. Bu sürekli altını çizdiğimiz demokrasi eksikliği yine çok sıklıkla konuştuğumuz hükümet boşluğu-bu sorunların ayrıntısına girmeyeceğim-ve bunlar da bir hükümet istikrarsızlığıdır ve bunlar da herkesin paylaştığı bir korku unsurudur. Bundan dolayı siyasi iktidarın örgütlenmesi konusunda yapılacak bir yenilik düşünülmesi için bu soruyu kendi kendime - pek zamanı değil ama- ve aynı zamanda size de soruyorum yani daha etkili ,daha istikrarlı, daha demokratik bir rejimin kurulmasını denemek için başka çözümler yok mu ?

Soruyu biraz daha belirginleştirmek için, bunları düşünürken kendi kendime soruyorum günümüz yarı başkanlık rejimi modelinin ortaya koyduğu bir kaç örnekten ilham alamaz mıyız?

Geçen perşembe günü yapmış olduğum ve Türkçe çevirisi de dağıtılmış olan tebliğimde bu sistemden bahsetmiştim. Bahsettiğim bu sistem bir çok nedenden dolayı Fransa'ya adapte edilen Fransız uygulamasına değil de Portekiz ve Finlandiya taraflarına bakmak gerekir ve böylece bu rejimin nasıl işlediği hakkında bir fikir sahibi olunabilir. İki kelimeyle açıklarsak, devlet yetkilerine sahip, halk tarafından seçilen, Cumhuriyetin ve ulusun temel çıkarlarının korunmasından sorumlu olan bir Cumhurbaşkanı olduğu bir rejimdir.

Hepsi bu kadar. Diğer tarafta parlamenter rejimlerde olduğu gibi parlamentonun güveniyle yürüyen bir hükümet bulunuyor. Böyle bir model Türkiye'ye uygulanabilir mi, bu konuda hiç bir şey bilmiyorum ve bu sorun üzerinde bir şey söylemek bana düşmez. Bu formülün üzerinde, riskleri göz ardı etmeden, var olan avantajların bir kaçına değinerek geçeceğim çünkü zaman sınırlı. Avantajlarına gelirse, aynı zamanda Anayasanın koruyucusu olan, kamu gücünün işlemesine hakim ve ulusun temel menfaatlerine kefil olan bir Cumhurbaşkanı ile devletin istikrarı ve güveni sağlanabilecektir. Cumhurbaşkanı, mesela Anayasanın 104. maddesinin ona verdiği yetkiyi tam olarak kullanabilmesi gerekir. Bununla birlikte, Cumhurbaşkanı parlamentonun feshi ve seçimlerin yenilenmesi gibi tamamlayıcı yetkilere sahip olmalıdır. Devletin istikrarını sağlayan Cumhurbaşkanı'nun bu fonksiyonları, belki de Cumhurbaşkanı'nun kefil olma görevini üstlenmiş olan Milli Güvenlik Kurulu'nun, bir anlamda ordunun, demokratik bir kurum lehine siyasetten çekilmesine neden olabilir. Bu tamamen benim kişisel bir arzumdur. Yani ilk avantaj devlet olur, ikinci avantaj ise hükümetin istikrarı olur. Yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından atanan bir hükümet, rasyonelleşmiş parlamenter rejimin sunduğu anayasal kolaylıkları kullanabilen- anayasa hukukunun bir çok kısmını burada çok çabuk geçiyorum ve başka türlüde yapamam- bir seçim reformu sayesinde parlamenter çoğunluğa dayanan böyle bir hükümet ortaya çıkabilir. Bu da beni üçüncü avantaja götürüyor yani daha fazla demokrasi ki bu da seçim sisteminin değişmesi sayesinde olur. Yani iki türlü çoğunluk oylaması için gereken oylama modelini açıklarsak; siyasi partilerin çoğunlukçuluğunu elde tutmak ve de bu partileri koalisyonla, birleşmelere ve seçmenlere sunulan birleşmelere itmeye yönelik olan bir oylama modelidir. Sebeplerini açıklamıyorum ama bu oylama biçimi cumhurbaşkanı ve parlamentonun seçimi için uygulanan bu seçim şekli partilerin siyasi partilerin hayatında ve işlemesinde gerçek bir devrime yol açabilir. Bu du-

rum Fransa örneğinde görülmüştür. Özellikle gelecek yıllarda etkisini sürdüreceğ iki hükümet seçimi arasında tercih yapmayı başaran seçmenlerin davranışlarında da bu görüldü.

Bu avantajlara karşı var olan riskler çok zayıf görünüyor. İddia edilen ilk risk rejim karşıtlarını güçlendirme durumudur. Bu mantığa göre rejim karşıtı bir parlamenter çoğunluk veya bir başkan iktidara geçebilirdi. Bu oylama şekli ile bu pek mümkün gözüküyor. Çünkü bu yöntem iktidara gelmek için yüzde elliden daha fazla bir oy çokluğu gerektiriyor. Zaten siyasi partilerin durumuna bakılacak olursa iki veya üç partinin birleşmesini gerektiriyor.

İkinci risk, Türkiye ve diğer ülke tarihlerinde olduğu gibi parlamento da çoğunluğa sahip partiler ile ilgili; fakat bu gerçek bir risk olamaz çünkü bu oylama sistemi iki veya üç partinin birleşmesini gerektiriyor ve bir de bununla birlikte anayasayı ve ulusun temel çıkarlarını korumakla görevli bir cumhurbaşkanı var. Sonuç olarak Cumhurbaşkanlık yetkisini kötüye kullanmasından endişe edebiliriz. Cumhurbaşkanı önemli yetkilere sahip bir politikacı olarak yönetimi veya devletin önemli kurumlarını siyallaştırıp sert bir rejime dönüştürülebilir. Bu durumda bana çok düşük bir risk gibi gözüküyor çünkü hükümetle yetkilerinin çoğunu paylaştığı için Cumhurbaşkanının yönetme gücü yoktur. Mesela atama yetkisinde olduğu gibi. Başkanın daha fazla bir kontrol mekanizması mevcuttur.

Söylemek istediğim önemli şeyler bu kadar. Anayasa değişikliği hakkında daha bir çok şey söyleyecektim. Fakat bu konuda uzman kişiler bunları daha iyi bir şekilde dile getirebilir. Özellikle yarı başkanlık sisteminin bir geçiş rejimi olduğunu söyleyerek geçmek istiyorum. Sonuç olarak doğru bir şekilde işleyen bir demokrasiye geçişi sağlayan bir rejimdir ve bunun tarihte bir çok örneği de mevcuttur. Portekiz ve Fransa'da yaşananlar da olduğu gibi ,bu aşamaya geldikten sonra bu rejim yok olabilir. Örnek verirsek ve bununla bitirmek istiyorum, yarı başkanlık rejimini uygulamış olan Finlandiya'da klasik parlamenter demokrasiyi yerleştirmek için bu rejimi terk etmek üzere. Bu durumun aynısını Portekiz'de de görebiliriz.

Söz hakkı verdiğiniz için teşekkür ederim.

Çeviren : Av. Beyza BAYDUR



Alain Bockel'e teşekkür ediyoruz. Kendisine ayrılan zamanda bize hükümet biçimiyle ilgili bir açıklama yaptı. Açıklamanın sonunda da enteresan bir görüş ortaya çıkıyor. Yarı başkanlık rejiminin kalıcı değil; ama bir geçiş süreci içinde krizleri aşmak, istikrarı sağlama özelliği var. Bunun son örneği de Finlandiya'da uzun süredir uygulanan yarı başkanlık sistemin-den, istikrarlı bir rejim olarak parlamenter sisteme geçildi. Demek ki böyle bir arayış bir geçiş dönemi, istikrarı sağlamada kolaylık sağlayabiliyor. Yarı başkanlık sisteminin üzerinde de çok tartışmak lazım. Türkiye gibi bir ülkede ne sonuçlar verir.

Sözünü, uzatmadan hemen Şanlıurfa Baro Başkanı avukat Eyüp Sabri Çepik'e veriyorum.

### **Av. Eyüp Sabri Çepik**

---

Şanlıurfa Baro Başkanı

## **TÜRKİYE'NİN ANAYASA SORUNU**

### **(TÜRKİYE İÇİN NASIL BİR ANAYASA)**

Liberalizmin teorik öncüsü sayılan İngiliz düşünür Jhon Locke devletin kuruluşunu, meşruiyet kavramını şöyle formüle eder "Devlet insanlar tarafından insan hak ve özgürlüklerini güvenceye almak amacıyla ve insanların rızasına dayanan toplumsal sözleşmeyle kurulur."

İnsan hakları doktrini ve hukuk devleti anlayışının temelinde yatan düşünce ise, ekonomik, siyasi, askeri gücü ve bürokratik işleyişiyle devasa bir güce sahip olan devlet karşısında güçsüz olan bireyin hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Bu korumanın sağlanabilmesi için devletin tüm organları üzerinde bağlayıcılığı olan bir hukuksal metin gereklidir. Devletin tüm organları üzerinde bağlayıcı olan bir hukuksal metin ANAYASA'dır.

---

Çağdaş ve demokratik anayasalar ise bir nevi toplum sözleşmesi niteliğinde olup devlet ile toplum arasında bir uzlaşma belgesidir.

1982 Anayasasına gelince bu anayasa eşyanın tabiatına yeni deyimlerle nesnelere doğasına aykırı bir anayasadır ve bu anlamda ülkemizde bir anayasa sorununun bulunduğu, toplumun çoğu kesimlerince kabul edilen bir gerçekliktir.

Mevcut Anayasa irdelendiğinde büyük ölçüde devletin hukukunu belirleyen hükümlerden oluşmaktadır. 1982 Anayasasında (Fazıl Hüsni Erdem'in tespitlerine göre) devlet sözcüğü 154 kez vatandaş sözcüğü ise 17 kez kullanılmıştır ve bu Anayasa'nın hiçbir yerinde "barış" sözcüğüne rastlayamazsınız. Buna karşın "sınırlama", "kısıtlama", "denetim", "yasaklama" sözcükleri sayılmayacak kadar çok kullanılmıştır.

1982 Anayasasının temel mantığı birey karşısında devleti koruma ve devleti yüceltme mantığıdır. Bu Anayasa'da "sınırlama kural, hak ve özgürlükler istisnadır"

Uygarlığın ulaştığı çağdaş hukuk anlayışında "devletin dini, rengi, ideolojisi yoktur, olamaz. Çağdaş devlet inançlar, renkler, ideolojiler karşısında nötr'dür."

Mevcut Anayasa bu anlamda çağdaş değildir. Anayasa'nın bir ideolojiyi benimsemesi 136. maddesiyle bir kurumu düzenlemeye tabii tutması, devleti sivil yaşama müdahalesini getirmektedir. 1982 Anayasasının kendisi birçok insan hakları ihlallerinin kaynağı durumundadır.

Temel hak ve özgürlükleri 1) Özel Sınırlama Sebepleri 2) Genel Sınırlama Sebepleri 3) Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması gibi üçlü bir sınırlamaya tabii tutan bir Anayasa.

2. maddesile insan haklarına dayalı olmaktansa insan haklarına dayalı olmaktansa insan hakları'na saygılı olmayı yeğleyen bir Anayasa.

26 ve 28. maddelerinde dünyada örneğine az rastlanır olan ve sanırım bizim hukuk literatürüne kazandırdığımız "kanunla yasaklanmış dil" kavramını getirerek insanları dilsizleştiren nesnelere doğasına aykırı bir Anayasa.!

Devletin temel yapısı belirlenirken yasama, yürütme ve yargı arasındaki güçler dengesizliğini bu Anayasa'da açıkca görmek mümkün.

Yasama organının yürütme ve idare üzerindeki denetim mekânizması (soru, gensoru ve Meclis araştırması gibi) parlamento aritmetiği karşısında işlevi olmayan bir denetim olarak yer almış. Yasamanın bu çokta işlevi olmayan denetim mekânizması ağır işleyen bir bürokratik egemenlik oluşturmuştur.

Yönetimin yargısal ve Anayasal yargısal denetimide sınırlandırılmış, daraltılmıştır.

1982 Anayasası 125/1 maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine yargı yolu açıktır" hükmünü getirmiş; ancak 125/2, 125/6, 159, 129 ve geçici 15. maddeyle bazı işlem ve eylemler yargı denetimi dışında tutulmuştur.

Bu Anayasa'yla Anayasa yargısı derin dondurucuya konularak dondurulmuştur. 174. madde ile İnkılap Kanunları, Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan kanunlar ve K. Hükmünde Kararnameler Anayasal denetim dışında tutulmuştur. Asıl önemlisi de 148. madde ile getirilen Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini esas yönünden denetleyemesidir. Anayasa yargısı bu nedenle derin dondurucudur.

Özetle bu Anayasa ile Yürütme, Yasama ve Yargı'dan güçlü hayati önemi haiz konularda yasama, yürütme ve yargı denetiminden uzak, hüküm feran durumundadır.

### **YARGI BAĞIMSIZLIĞI:**

Anayasa'nın 138 ve müteakip maddelerine bakıldığında kural olarak yargının bağımsız olduğu görülmektedir. Ancak yargı bağımsızlığını soyut kavramlarla sağlamak mümkün değildir. "Cüzdanı ve vicdanı arasında sıkışmış" yargı ne kadar bağımsız? Bu sorgulanmalıdır.

1924 Anayasasının 53. maddesi 1961 Anayasasının 134. maddesi yargıçların güvenceleri ve yargı bağımsızlığını düzenlerken 1982 Anayasası yargıçlar yanında savcılar da bu düzenleme içine almıştır.

Çağdaş hukuk öğretisinin bugün ulaştığı noktada yargının açık tanımı yapılmış muhakeme (yargılama) faaliyetinin iddia - savunma - yargı üçlüsünden oluştuğu kabul edilmiştir. Savunma olmadan yargılama olmaz, savunma olmadan yargı kurulamayacağına göre savunma yargının” olmazsa olmaz” ayağını oluşturur. Bu nedenle savunmanın ve onun kuruluşu olan Baroların Anayasa'nın Yargı bölümünde yer alması ve düzenlenmesi gerekmektedir. Çünkü savunma bağımsız olmadıkça yargı bağımsız değildir.

### **NASIL BİR ANAYASA:**

**İnsan haklarına ve hukukun üstünlüğüne dayalı İnsan Hak ve Özgürlükleriyle toplumdaki çoğulculuğu güvence altına alan katılımcı hukuk devleti modelini öngören,**

**İrk ya da soydaş temeline dayalı değerleri kutsatıp yüceltmekten se, farklılıkları zenginlik sayan evrensel değerleri öne çıkaran vatandaşlık temelinde bir toplumsal ilişkiyi esas alan bir Anayasa gereklidir.**

**İdare mantığında “ucuz adalet, pahalı güvenlik” anlayışından vazgeçerek “etkin adalet, yeterli güvenlik” anlayışı benimsenmelidir.**

**Yasama, yürütme, yargı'da idarenin her kategorisinde toplam kalite yönetimi anlayışını yaşama geçiren bir Anayasa düzenlenmelidir.**

**Küreselleşen dünya ve bütünleşen Avrupa'da evrensel değerleri içeren ve iç hukuktan uluslararası hukuka geçişin yollarını açık tutan bir Anayasa,**

**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi esas alınarak temel hak ve özgürlüklerin kural, sınırlamaların istisna olduğu soyut kavramlar yerine açık ve somut ölçülerin kullanıldığı,**

**Yürütmede saydamlığın yürütme üzerinde etkin denetim kurallarının oluşturduğu,**

**Bağımsız ve yansız yargının sağlanabilmesi için savunmanın ve Baroların “yargı” bölümünde düzenlendiği savcılara bağlı adli**

**kolluğun oluşturulmasına olanak veren savunmayı kanıt toplama belge elde etme olanağına kavuşturan ve güçlendiren,**

**Yargıçların atanmasında ve yüksek yargıçların seçiminde nesnel ölçütlerin getirildiği bir Anayasa dileğiyle saygular sunarım.**

**KAYNAKLAR :**

- 1) Locke Jhon - Ana Britannica Cilt 21.
- 2) Yrd. Doç. Dr. Fazıl Hüsnü Erdem , 1982 Anayasasına Eleştirel Bir Bakış
- 3) Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu, Hukuk Kurultayı 2000 Cilt 7 Sayfa 121, 122.

**Oturum Başkanı**

---

Teşekkür ederim Sayın Sabri Çepik.

Manisa Barosu önceki Başkanı Avukat Teoman Ergül; buyurun efendim.

**Av. Teoman Ergül**

---

Manisa Barosu Önceki Başkanı

Mabeyn ferîği Sait Paşa'nın  
Sarayı korumak işi  
Bir Sarraf Zarifi bey, bir de Çıplak Mustafa  
etti mi üç kişi  
Kim ola sarraf Zarifi, adı üstünde sarraf  
Şıkır şıkır altın saymak işi  
Ya kim ola Çıplak Mustafa  
O da şehrin delisi  
O da şehrin fakiri  
Biri korur, biri sayar, biri  
Korumak, saymak, soyunmak işleri  
Korumak, saymak, soyulmak işleri  
Tarih bin sekiz yüz yetmiş altı

Tanrı bu üç kişiyi hür yaratmıştı  
Kanun da onları eşit kıld  
Oldu bitti  
Sait Paşa, Sarraf Zarifi, Çıplak Mustafa  
Sarraf Sait, Zarifi Paşa, Çıplak Mustafa  
Sait Zarifi  
Sarraf Paşa, Çıplak Mustafa  
Çıplak Mustafa, Çıplak Mustafa Çıplak Mustafa

**Tarih Okurken**  
(Melih Cevdet Anday)

1876... Türk toplumunun “**Kanun-i Esasî**” adıyla “**Anayasa**” kavramı ile tanıştığı yıl.

Bu tarih aynı zamanda her şeyin Anayasa ve yasalar ile bir anda değişeceği, herkesin eşit olacağı, **alabileceği değil olacağı;**

Her türlü haksızlığın, adaletsizliğin, ihmalin, kötüye kullanmanın, hırsızlığın, namussuzluğun önüne geçileceği, **geçilebileceği değil geçileceği** düşüncesinin toplumun genlerine yerleşmesinin de tarihi.

O gündün bu yana, toplum, kendisi için adı **Kanun-i Esasî** ya da **Teşkilât-ı Esasiye Kanunu** da olsa uygun anayasayı aramakta; bu şekilde bütün sorunların üstesinden geleceği, **gelebileceği değil geleceği** hayali ile yaşamakta.

İmparatorluğun yeniden kurulabileceği düşüncesinin ürünü 1908; Kurtuluş Savaşının alt yapısını oluşturan 1921 ve genç Türkiye Cumhuriyeti'ni şekillendiren 1924; özgürlük ve çoğulcu ve katılımcı demokrasi beklentilerimize cevap veren 1961; hayallerimizin dümdüz olduğunu şaşkınlıkla gözlemlediğimiz, yaşadığımız 1982 Anayasaları da uzun, hukuk, demokrasi yolculuğundaki kilometre taşları.

Sayın Başkan,

Saygıdeğer konuklar,

Değerli meslektaşlarım.

Anayasa ve siyaset bilimi konusunda ünlü ve birikimli çok değerli hukuk ve siyaset bilimcilerinden sora bir şeyler söylemenin zorluğunu takdir edeceğinizin bilincindeyim. Beni dinlemek özverisinde bulunmanızdan dolayı sizlere şükran borçluyum. Hepinize en iyi dilekler ve saygı ile selamliyorum.

Anayasa konusunda bu denli kapsamlı bir toplantıda bana da, söz hakkı vermiş olmalarından ve böylesine güzel bir toplantı düzenlemelerinden dolayı Türkiye Barolar Birliğinin değerli Başkan ve yöneticilerine teşekkür ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Anayasalar ve Anayasacılık hareketi, bilindiği gibi, iki boyutu içermektedir.

Birinci boyut, tarihin çok eski çağlarından beri var olagelen **devletin temel yapısı, organları** ile **bu organlar arasındaki ilişkilerle** ilgilidir. Tarihte devlet tanımına uyan hiçbir organizasyon bu anlamda sözlü ya da yazılı bir anayasadan yoksun olmamıştır.

Çağdaş anlamda Anayasa ise yakın zamanlarda, Fransız Devriminden sonra, anayasalara yüklenmiş önemli bir işlev boyutla anlam kazanmıştır. İkinci boyut, **kişi hak ve özgürlükleri, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması** amacı ile **iktidarların sınırlandırması** olup birinci boyutu da etkilemekte ve şekillendirmektedir. **Kişi hak ve özgürlüklerinin korunması** giderek **işlerlik kazanması ve geliştirilmesi** amacı, klasik devlet anlayışını, organları ve bu organların bir birleri ile ilişkileri sorununu gündeme getirmektedir.

Sanırım bu tespitte anlaşmazlık söz konusu olmayacaktır.

**I-** Bunun için çağdaş bir Anayasanın niteliklerine uygun **kişi hak ve özgürlüklerini koruyan, onlara işlerlik kazandıran ve geliştiren** bir yapılanma düşünülmelidir. Çağdaş bir Anayasada kişi hak ve özgürlüklerinin kullanılabilmesi, işlerlik kazanması ve geliştirilebilmesi için, öncelikle bu hakların saptanması, sistemleştirilmesi gerekmektedir. Anayasalarımızdaki sistematik bu yönden yerindedir; yeni bir anayasa çalışmasında, üçüncü kuşak haklar da dahil olmak üzere yeni haklar ve uluslararası belgeler gözden uzak tutulmamalıdır.

Ancak yeni anayasada, temel haklar sayılmadan, genel bölümde Amerikan Anayasasının 1791 tarihli Haklar Bildirisinin 9. maddesindeki anlayışın ve temel kuralın bulunması zorunludur: **“Bazı hakların bu anayasada sınırlanmış bulunması, halkın muhafaza ettiği diğer hakların kaldırıldığı kısıtlandığı anlamına gelmez.”**

II- Doğal olarak, temel hak ve özgürlüklerin anayasa metinlerinde bulunması, bu alanda karşı karşıya olduğumuz sorunları çözmeye yetmemektedir.

**Ekonomi ve eğitim** yapılanmanın iki önemli itici gücü ve alt yapısı olmakla birlikte; sosyal ve ekonomik gelişmeyi beklemek, **kişi hak ve özgürlüklerinin** böyle bir şartın oluşmasına kadar ertelemek, **kişi hak ve özgürlükleri** sorununu bilinmez bir zamana itmek ve baskıcı düşünceye bilinmez bir süre boyun eğmek anlamına gelecektir.

Bu durumda elimizde **ekonomi ve eğitim** ile birlikte, ancak öncelikle kullanılabilir tek bir araç kalmaktadır ki, o da **hukuk**'tur. **Hukuk**, ülkemizde en az Roma (1) ve İngiltere (2) kadar **üretim ilişkilerinden bağımsız bir gelişme çizgisi** izlemiştir ve geliştirilmeye de uygun görünmektedir.

**Sanırım, en olumsuz koşullar altında bile, yargı ile hukuktan kurtarıcılık beklenilmiş olması bu yeterliliğin kanıtı sayılmalıdır.**

III- Buna karşın, Anayasalarımız, 1961 Anayasası hariç, **“güçlü yönetim”** amacından vazgeçememiştir. 1961 anayasasının yönetimi hukuk kuralları ve hukuk denetimi ile sınırlandırma çabaları da **“güçlü yönetim”** çabaları arasında boğlumuştur. **“Güçlü Yönetim”** nedir? Niçin bu kadar arzu edilmiştir? Ya da **“güçlü yönetimi”** kimler arzu etmektedir?

**“Güçlü yönetim”** ya da **“yürütmenin kuvvetlendirilmesi”**, yürütme erkinin, yargı denetiminden ve baskı gruplarının etkisinden uzak/azade olarak çalışması anlamına gelmektedir. 1980'lere geliştirmede, hatırlamaya

(1) Kral Marx, Alman İdeolojisi (MEW III, 312) (Devlet ve Hukuk Üzerine, Derleyen Rona Serozan, May Yayınları, İstanbul 1977'den naklen)

(2) Kral Marx, Ekonomi Politikin Eleştirisinin Ana Çizgileri, Berlin 1953, 29 i.s. (Aynı yerden)



çalışırsak, sürekli olarak, yargı ve sivil alanda demokratik haklarını kullanmak isteyenler suçlanmış; Anayasanın, yürütmenin elini-kolunu bağladığından yakınılmıştır. (Elbette ki yargı ve sivil toplum örgütlerinin de kusurları bulunmaktadır olduğumuz sonuçlarda. Ancak onların sorumluluğunun kaynağından başka faktörlerin rol oynadıklarını unutmamak, gözden uzak tutmamak gerekmektedir.)

1980'lere geliştirmizde, yürütmenin kusuru/ihmali gözlerden saklanmıştır. Oysa, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde kusur bölüşümünde, hatırı sayılır pay yürütme erkinde olmalıydı. Bunun nedeni araştırılmalı, yetkiler ona göre düzenlenmeli, hatta bu konuda 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinin girişindeki şu sözler akıldan çıkarılmamalıdır:

**“...İnsan haklarının bilinmemesinin, unutulmasının ya da hor ve hakir görülmesinin, kamunun başına gelen felâketlerin ve hükümetlerin bozulup baştan çıkmasının yegane sebepleri olduğu noktasından hareketle, doğal, devredilmez ve kutsal insan haklarını, resmi ve aleni bir bildiri ile açıklamaya karar vermişlerdir.”**

Bir kere yürütme erki, anayasadaki yetkilerini kullanmamış; anayasanın yürütmeyi görevlendirdiği konularda ciddi çözümler için ciddi girişimlerde bulunmamış, hatta birçok anayasal görev sulandırılmıştır.

İkinci olarak, yetkiler yargı denetiminin gerektirdiği sorumluluk anlayışı içinde kullanılmamıştır. Yetkiler sınırsız zannedilmiştir ve zannedilmektedir. **“Kötüye kullanılmayan yetkilerin ne önemi var”** özdeyişine uygun davranılmıştır. Sürekli olarak, denetimden uzak yetki kullanmak özlemi duyulmuş ve bu amaca ulaşmak için her yola başvurulmuştur. Hukuk Devleti İlkesi gözardı edilmiş; hukuka aykırı işlerin yargıdan dönmesi yargıyı itham nedeni olarak kullanılmıştır.

Sıkça **“hikmet-i hükümet”** (3) kavramının arkasına sığınılmıştır. **“Hikmet-i hükümet”**in ne olduğu konusunda bir siyaset ve devlet adamının

(3) Hikmet-i hükümet: Adalet ve kanunlara aykırı tedbirler getiren hükümetin dayandığı. Ve (Öncelikle kişisel Hürriyetlerin kısıtlanması söz konusu olduğunda) ileri sürdüğü 'yüksek menfaat' düşüncesi/Mustafa Erdoğan, 'Hikmet-i Hükümet'ten Hukuk Devletine Yol Var mı? Doğru Batı Düşünce Dergisi, Yıl 4, s. 13, sh. 45-58

şu sözleri, bu gün karşı karşıya kaldığımız ve temizlenmesi için zorluk çektiğimiz ve çekeceğimiz anlaşılabilir toplumsal kirliliğin baş nedeni olarak ortaya çıkmıştır.

**“Hukuk, adalet, yargı hiçbir biçimde ‘hikmet-i hükümet’ denilen nesne adına kurban edilmemelidir. Uzun yıllardan beri taşıdığımız siyasal sorumluluğun döneminde ‘hikmet-i hükümet’ diye bir nesneye hiç rastlamadım. Ne zaman ondan söz edilmişse bilmelisiniz ki o bir başka şeyi gizlemek için uydurulmuş bahanedir” (4).**

Her zaman Mitterand'ın konuşmasında işaret ettiği gizli amaçlarla, **“güçlü yönetim”** istendiğini söylemek zordur ve haksızlıktır. Bunda tarihten gelen yönetim anlayışımızın, devlet-birey ilişkilerindeki önceliğimizin, eğilimlerimizin, alışkanlıklarımızın etkileri olduğu muhakkaktır. Ama Sursuruluk'tan bu yana yaşamakta olduğumuz şokun sebepleri arasında **“hikmet-i hükümet”** anlayışının yattığını da görmezlikten gelemeyiz.

Yönetimler sürekli olarak yetkilerini kullanamamaktan ve yeni yetkilerin verilmesi gerektiğinden söz etmişlerdir (5).

Başkanlık ve yarı başkanlık sistemlerinin ardında da **“daha güçlü yönetim”** arzusunun yattığını gözden uzak tutmamalıyız. Bu konudaki tartışmaların yoğun olduğu günlerde, TBMM'nin fesih yetkisi istenilerek, **“daha güçlü yönetim”** hedefi açıklıkla belirtilmekle beraber, yargı denetiminin etkinleştirilmesinden hiç söz edilmemesi de karşı karşıya olduğumuz paradoksal çıkmazı ve zorluklarımızı göstermektedir.

(4) François Mitterand 6 Ocak 1989

(5) “Türkiye’de demokrasinin temel sorunu güçlü ve merkezi bir yürütmenin eksikliği gibi gösterilmiştir. Bu aslında güçlü bir merkez geleneğine sahip olan, daima yarı otoriteren bir yönetim yapısını benimsemiş bir ülkenin daha farklı bir yönetime alışmamasından kaynaklanan bir sorundur. Dolayısıyla da bir yanılsamadan ibarettir. O kadar öyledir ki, daha demokratik bir sistem öngören 1961 Anayasası'nın yerine ikame edilen ve tam da bu amaçla hazırlanmış 1982 Anayasası bile bugün yetersiz kalmıştır. (Hasan Bülent Kahraman, Birleştirilmiş Seçim Vehameti ve Sol, Radikal, 22.6.1998.)

Değerli dinleyenlerim,

**IV-** Bu bağlamda varacağımız sonuç, yargı denetimi ve yargının denetimini “**hukukun üstünlüğü**” ilkeleri çerçevesinde yapabilme koşullarının sağlanması gerekliliğidir. Anayasalar “**bir ülkenin sefer/yol haritalarıdır**” (6). Bu bağlamda, yürürlükten kalkmış anayasalarla, yürürlükteki anayasamızın yargı erki düzenlemesinde amaca, **temel hak ve özgürlüklerin korunması, geliştirilmesi** ve bunların hepsini kapsayan **adil yargılanma hakkının** (7) gerçekleştirilmesi amacına uygun olup olmadığını tartışmamız gerekmektedir.

Bu aşamada temel soruları sorabiliriz.

Acaba, anayasalarımızda “**yargı erki**”ne hak ettiği yer verilmiş; amacını gerçekleştirebilecek yapı sağlanmış mıdır?

Anayasalarımızda “**yargı erki**” bütünlüğü içinde kavranmış, yargının unsurları arasında denge kurulmuş mudur?

Benim bu kısa konuşmada cevabını arayacağım sorular bunlardır. Karşı karşıya bulunduğumuz “**insan hakları**” sorunlarının çözümlenmesi de bu sorulara doğru cevap vermemize bağlıdır.

1961 Anayasası, “**yargı erki**”ne görülmemiş ölçüde önem vermiştir. “**1961 Anayasasında, bütün sistemdeki hassas dengenin kilit noktası, yargı organı ve özellikle Anayasa Mahkemesi**” (8) kabul edilmiştir. Ancak, “**yargı erki**”nin, “**teminat**” sağlanacak hâkimlerden ibaret olduğu, “**teminat**” sağlanmış hâkimlerin, tek başlarına, Türkiye’de her zaman “**güçlü**” olmuş yürütme ve yasamaya karşı, temel hak ve özgürlüklerin korunması, kullanılması ve geliştirilmesi ve adil yargılanma hakkını gerçekleştirebilmesi yanlıgısına düşmüştür.

(6) Arjantin Anayasasının entellektüel babası olan Juan Baustista Albertdi. (Carlos Santiago Nino, The Constitution of Deliberative ve Democracy, Yale University Press, 1996, sh. 16)

(7) Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer’in deyimiyle “**dürüst yargılanma hakkı**” da diyebiliriz.

(8) Prof. Dr. Mümtaz Soysal, Dinamik Anayasa Anlayışı, SBF Yayını, Ankara 1969, sh. 89

Bu hataya bir daha düşülmemesi, yargının sav-savunma ve hükümden oluşan bir bütün olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Elbette ki bu üçlü içinde “hâkim” ve “mahkeme” önemli bir yer tutmaktadır. Üçlünün en önemli unsurudur. Ancak duruşma diyalektiğinin tam olarak işlemediği bir “yargı” da, “güçlü yönetim” ve “hikmet-i hükümet” kavramlarının egemen anlayış olduğu “yürütme” ve “yönetim”de olduğu gibi, aşınma ve kirlenme nedeni olmaktadır. En azından aşınmaya ve kirlenmeye müsait bir yapı oluşmaktadır.

İnsan onurunun, şeref ve haysiyetinin dokunulmazlığını, insan hak ve özgürlüklerinin yaşamasını dağınkı, örgütsüz, ilkesiz bir yargı ve tek başına hâkimler sağlayamaz, sağlayamadığı da yaşadığımız ve karşı karşıya bulunduğumuz sorunlarla açıkça ortaya çıkmış bulunmaktadır. Belki de 1961 Anayasası, yargılama diyalektiğinin diğer iki ögesini, “sav” ve “savunma”yı görmezlikten gelerek ve onları geliştirecek yapısal düzenlemeleri yapmadan, hâkim güvencesi ile yargı sorununu çözmek kolaycılığını tercih ettiği içindir ki ülkemiz kırk yılı aşkın bir zamanı boşuna geçirmiş ve demokrasi, hak ve özgürlükler konusunda başarısız olmuştur.

Ülkemizde bugün toplumsal açıdan sorunların kaynağını teşkil eden ceza yargılamasında uygulanan yöntem çağdaş, demokratik, çoğulcu ve katılımcı değildir. (Bu nitelikler rast gele kullanılmamıştır. Ancak açıklamaları bu toplantının sınırlarını aşacağı için değinilmekle yetinilmektedir.) Tekçi düşüncelerin egemen olduğu günlerin yargılama yöntemidir. Engizisyon mahkemelerinde uygulanan sistemin geliştirilmiş bir şeklidir.

Türkiye'nin ayıbı olduğu ve varlığı herkes tarafından kabul edilen işkence, kötüye kullanıldığı herkes tarafından kabul edilen tutuklama ve ona bağlı olarak gözaltı, soruşturmanın başından beri gerçek anlamda savunmadan yararlanamama gibi sorunlar, ancak çağdaş ve demokratik öğeleri içeren diyalektiği yaşama geçiren bir yargılama sistemi içinde çözümlenebilecektir.

Yargılama “iddia” ile başlamaktadır. Savcılık kurumu bugünkü durumdan mutlaka başka türlü düşünölmelidir. Hareketli, araştırmacı, tartışmacı bir kimlik verilmelidir. Kolluk ile güçlendirilmelidir. Kolluğun düzenlenmesi, savcılığa verilecek kimliğe uygun biçimde yapılmalıdır.

Yargılamanın ikinci ve vazgeçilmez ögesi “savunma” anayasada somut olarak düzenlenmelidir (9).

“Hâkim” duruşmada **dinleyici, izleyici, düzenleyici** ve **hüküm verici** bir konuma yükseltilmelidir. Bugün hâkim, tartışan kişidir, araştıran kişidir. Bütün bunlar içinde asıl fonksiyonu olan hüküm vermeğe pek az zaman ayırabilmektedir. Bu nedenle yıpranmağa en yakın kişidir.

“Etkin” ve “adil” yargı erki, ancak özlük ve malî açılardan bağımsız olduğu takdirde işlevlerini yapabilecektir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu **demokratik** yöntemlerle oluşturulmalı, çalışmaları **şeffaf** olmalı. (10).

Yargılama usulü açısından temel ilkeler açıkça konulmalıdır. Bu sistemin yargılama diyalektiğinin yaşama geçirilmesini sağlayan tek sistem olan “itham sistemi” olması gerekliliğini tartışmanın bir yararı yoktur.

Demokrasinin gereği olarak halkın yargıya bir suretle katılmasının sağlanması gerekmektedir (11). Halka bu yolda verilecek sorumluluk, devleti yönetme, milletvekili seçme sorumluluğu ile eşdeğerdedir. Demokrasinin gelişmesinde, zaman zaman doğrudan kendisini etkileyecek yargı görevlerinin büyük etkisi olacağı, tarihi örnekleriyle açıktır.

- 
- (9) Anayasa Konusunda Türkiye Barolar Birliğinin Görüş ve Düşünceleri, 1982, sh. 11/Türkiye Barolar Birliği Anayasa Konusunda Yapılan Olağanüstü Genel Kurul Toplantısı Raporu, 1982 sh. 21
- (10) Teoman Ergül, Avukatlık Mesleğinin Adil ve Etkin Yargının Gerçekleşmesine Katkı Rolü, „Demokratikleşme, İnsan Hakları ve Hukuk Devleti Bağlamında Avukatlık Mesleği (Sorunlar Çözüm Perspektifleri) İstanbul Barosu Başkanlığı Yayını, İstanbul 1996, sh 314
- (11) Sami Selçuk, Halkın Yargılamaya Katılması, Yargıtay Dergisi 1991, s. 244-258. Halkın yargıya katılması yol ve yöntemleri konusunda Türkiye’de çok yayın yoktur. Bunların bir kısmını aşağıda sıralıyorum: (1) Nasuhi Kurdoğlu, Amerika Birleşik Devletlerinde Jüri Yargılaması, Ankara Barosu Dergisi, 1978. sayı 3, sh. 446-458/ (2) Benjamin Kaplan, Jüri ile Yargılama, Çev. İ. Hatay Börtüçene, Yasa Hukuk Dergisi, 1980, sayı 8 sh. 1096/ (3) Teoman Ergül, Jürili itham Sisteminin Tarihimiz ve Hukukumuzdaki Kökleri Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1989, sayı 5, sh. 715-744/ (4) André Gide, Cinayet Mahkemeleri Anıları, Çev. Sami Selçuk, Ankara 1983/ (5) Cem Eroğul, Çağdaş Devlet Düzenleri-İngiltere, Amerika, Fransa, İmaj Yayıncılık, Ankara 1996.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ediyorum Sayın Ergül.

Bakın, hep yargı bağımsızlığından, yargıdan söz ediyoruz da Anayasanın 141. maddesinde enteresan bir hüküm var. Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması...

....belki yapılacak bir anayasada yasama için de böyle bir zarif formül kullanılırsa iyi olur.

Ben sözü meslektaşım Sayın Prof. Zafer Gören'e vereceğim; ama burada "Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi" diyor. Zafer hanımın asıl uğraş alanı Anayasa Hukukudur, bu alanda değerli yapıtları vardır. Onun için burada onun asıl kimliğini görme imkânına tekrar kavuşacağız.

Buyurun Sayın Gören.

## Prof. Dr. Zafer Gören

---

Yüksek Öğretim Denetleme Kurulu Üyesi

### ANAYASAL REFORM ÖNERİLERİ

Bugün Türkiye'de birey-toplum-devlet ilişkilerinin sağlıklı bir zemine oturması, siyasi yapının demokratikleşmesi, toplumsal uzlaşmayı ve demokrasiyi esas alan bir anayasa yapma veya mevcut anayasayı, bu amaçlar doğrultusunda değiştirmekle mümkün olacaktır. Şüphesiz bunu yaparken, ülkemizin içinde bulunduğu süreçlerin yönelttiği hedefleri de gözden kaçırmamak durumundayız.

Türkiye, daha çağdaş ve daha demokratik bir anayasaya sahip olma konusundaki ihtiyacını hep dile getirmesine karşın, bu alandaki tartışmaların yoğunlaşması ve artık anayasa değişikliğinin bir zorunluluk olarak kendini dayatması, yaşadığımız Avrupa Birliği'ne giriş sürecine denk gelmiştir. Bu nedenle anayasal reform önerilerini, gelişme çizgimizi belirleyen Avru-

pa Birliği normları ve bu normlara yaşam veren demokratik ve kültürel iklim kapsamında düşünmek ve geliştirmek zorundayız.

Hareket halinde ve mevzuatı hızla büyüyen bir sürecin parçası olmak, reform tartışmalarını ilke, kurum ve kurallar bazında geniş bir tabanda sürdürmek zorunluluğunu doğuruyor. Bu tartışma, demokrasinin güvence altına alındığı istikrarlı bir kurumsal yapı, hukukun üstünlüğü, insan haklarına saygı ekseninde bir anayasal reform projesini de gündeme taşımıştır.

1982 Anayasası hak ve özgürlükleri tanımlayışı, kısıtlama konusunda getirdiği kriterler ve yöntemlerle, demokratik bir Anayasa olduğu konusunda haklı itirazlarla karşılaşmıştır. En kapsamlısı 1995'te olmak üzere zaman zaman yapılan düzeltmelerle Anayasamızda yer alan bazı yasaklar kaldırılmaya ve bir takım iyileştirmeler gerçekleştirilmeye çalışılmışsa da Anayasamız insan özgürlüğüne ve evrensel hukuk anlayışının ulaştığı değerlere yabancı olmaktan kurtarılamadığı yolunda eleştirilere uğramaktadır.

Acaba 1982 Anayasası'nın aşılması için tümden yeni bir Anayasa hazırlanması isabetli olabilir mi önce bunu tartışmamız gerekir.

Anayasalar “**üstün yürürlük gücü**”ne sahiptirler ve **sürekli**dirler. Ancak her anayasa tarihsel gelişimde belli toplumsal koşullar altında yaratıldığından zaman içinde toplumsal koşulların değişmesi durumunda anayasanın bu yeni koşullara, uyumlu hale getirilmesi için değiştirilmesi gerekir. **Anayasanın değiştirilmesi** kavramı altında **anayasa metninin** anayasanın öngördüğü değiştirme yöntemlerine uyarak değiştirilmesi ve boşluklarının doldurulması anlaşılmalıdır.

Ancak toplumun ve devletin hukuksal temel düzeni olmaksızın **salt özgürlükçü demokrasi toplumun ve devletin dağılması** demek olduğundan devletin ve toplumun hukuksal temel düzeni olarak anayasalar, anayasa değişikliklerinin sınırlanması yoluyla kendilerini korumaya çalışırlar.

Anayasalarda bazı önemli temel ilkeler anayasa değişikliği dışında tutulabilir. Böylece anayasanın çekirdek varlığı (**özgün anayasa**) anayasa değiştiricilerin müdahalelerine karşı korunmaktadır.

Bu tür hükümlere Avrupa Birliğine mensup ülke anayasalarında rastlamak mümkündür.

Örneğin Belçika Anayasası md. 130'a göre: "Anayasanın tümünün ya da bir kısmının ilgası mümkün değildir". Bunun dışında Fransız Anayasası (md. 89), Yunan Anayasası (md.139), Portekiz Anayasası (md. 288), F.Alman Anayasası (md. 79/3) ve T.C. Anayasası md. 4'te anayasanın bazı kurallarının değiştirilemeyeceği yolunda kurallar yer almaktadır.

Bu tür sınırlamaların gelecek kuşakları kendilerine ait olmayan ve belki de benimsemiyecekleri meşruluk düşüncelerine bağlamak anlamına geldiği yolundaki itirazlara katılmak mümkün değildir.

Anayasanın 4. maddesine göre Anayasanın 1. maddesindeki devletin şeklinin **Cumhuriyet** olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki **Cumhuriyetin nitelikleri** ve 3. maddesindeki hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.

Bu kural anayasanın özünü (**özgün Anayasayı**) ilgilendiren anayasa değişikliklerini anayasanın kendisinin yasakladığını göstermektedir. Bu kural devletin şeklinin Cumhuriyet olduğunun ve Türkiye Cumhuriyetinin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere (Atatürk inkılap ve ilkelerine bağlılık, Atatürk medeniyetçiliği, çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmi, millî egemenlik, anayasanın ve hukukun üstünlüğü, özgürlükçü demokrasi, erkler ayrılığı, Atatürk milliyetçiliği, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği, laiklik, sosyal adalet ve eşitlik, insan onurunun ve kişinin maddi ve manevi varlığının korunması) dayanan Atatürk milliyetçiliğine bağlı demokratik, laik ve sosyal hukuk devleti niteliğinin, Türkiye Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu ilkesinin yani T.C. Devletin üniter yapısının ve Anayasanın 3. maddesinde belirtilen diğer devlet niteliklerinin değiştirilemez olduğunu vurgulamakta ve bu temel devlet niteliklerini ortadan kaldıran anayasa değişikliklerinin yasak olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasanın netliği onun toplumsal değişimlere uyum sağlamasına yetmiyorsa anayasayı değiştiren organın yine anayasada öngörülen değiştirme koşullarına uyarak anayasanın değiştirilmesi ve boşluklarının doldurulması konusundaki yetkisi anayasanın sürekliliğinin sağlanmasına hizmet



eder. Ama aynı amaca, **anayasanın kimliğinin** ve onun **kurduğu hukuksal temel düzenin** sürekliliğinin ortadan kaldırılması yasağı da hizmet etmektedir.

Anayasamız Cumhuriyetçilik ilkesinin ve Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik ve üniter sosyal hukuk devleti niteliklerinin meşru yoldan ortadan kaldırılmasını yasaklayarak **kendi sürekliliğini, kurduğu hukuksal temel düzenin sürekliliğini ve geçerliliğini** güvence altına almaya çalışmaktadır.

Halk oylaması ile kabul edilmiş olan Anayasamız anayasayı değiştirme yetkisine sahip yasama organına sadece değiştirme yetkisi vermiş onu ortadan kaldırma yetkisi vermemiştir.

Anayasamız sadece anayasayı bütünüyle ortadan kaldırma yasağını içermemekte **Anayasanın kurduğu düzeninin kimliğini** ortadan kaldıran her türlü anayasa değişikliğini de yasaklamış bulunmaktadır.

Anayasanın demokratik hukuk devletinin öğelerine **temel haklar ve erkler ayırımı ilkesi**, çoğunluğun iradesi ile iktidarın kullanılmasını meşru kılan, demokrasinin açık ve serbest sürecini garanti eden anayasanın **demokratik düzeninin** tüm maddi ve usule ilişkin **koşulları** ve **seçim ilkeleri** de dahildir.

Kamu oyunun oluşumuna siyasi partilerin katılımı, **siyasi parti özgürlüğü**, siyasi partilerin eşit şansa sahip olmaları, **parlamentar sistem**, anayasanın **sosyal hukuk devletinin** varlık koşulları ve temel ilkeleri de anayasa değişikliği dışında tutulmuştur.

Çıkarılmaları halinde özgün anayasanın zedelenmesi sonucunu doğuran münferit kuralların değiştirilmesi de yasaktır.

Anayasanın değişmezlik yasağını koyan 4. madde kuralı da değiştirilmezlik kapsamındadır.

Şu halde anayasanın tümünden ortadan kaldırılması ve yeni bir anayasa yapılması yerine 1982 Anayasasının;

1. Demokratik ve özgürlükçü bir anayasada bulunmaması gereken yasaklayıcı hükümlerinin çıkarılması,

2. Değişirme ve düzeltme yoluyla anayasa metninin iyileştirilmesi yoluna başvurulabilir.

### **Anayasadan ayıklanması gereken hükümlerin ortak özellikleri:**

- Anayasanın hazırlandığı dönemin olağanüstü koşullarının ürünü olmaları;
- Hukuk devleti ve hukukun genel ilkelerine tamamen ters düşmeleri;
- Anayasanın diğer hükümleriyle çelişmeleri;
- Kaldırılması durumunda anayasada herhangi bir boşluk yaratmayacak olmaları;
- Kaldırılması konusunda geniş bir oydaşmanın bulunması olmalıdır.

### **I. Anayasadan Ayıklanması Gereken Kurallar:**

1) Başlangıcın 3. paragrafında yer alan "Bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkmıyacağı" ibaresinden "Bu Anayasada gösterilen" kaydının çıkarılması gerekir.

13. maddenin gerekçesinde ve 2. maddede demokrasi evrensel boyutlarıyla öngörülmüştür. Oysa madde metninde demokrasi 1982 Anayasasının dar çerçevesine indirgenmiştir. Söz konusu ibarenin çıkartılması, demokrasinin evrensel niteliği ve Anayasa maddeleri arasındaki uyum gereğidir.

2) 15. maddenin 2. fıkrasında yer alan "ölüm cezasının infazı" deyimini çıkartılmalıdır.

17. maddenin son fıkrasında yer alan "mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hali" ifadesi çıkarılmalıdır.

3) 24. maddenin 3. fıkrasının "Din kültürü ve ahlak öğretimi ilk ve orta öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki eğitim ve öğretimi ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlıdır." şeklindeki 2. ve 3. cümleleri çıkarılmalıdır.

Zorunlu din dersleri laik devlet ilkesi ile din ve vicdan özgürlüğü ile bağdaşmamaktadır. Anayasanın bu hükmü, Çocuk Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi ile de uyum sağlamak amacıyla kaldırılmalıdır.

4) Dil yasağına ilişkin hükmü uygulamaya geçiren kanun 1991 yılında yürürlükten kaldırıldığından 26. maddenin 3. fıkrası hükmü çıkarılmalıdır.

5.) 26. maddenin 3. fıkrasının kaldırılmasının bir gereği ve sonucu olarak 28. maddenin 2.fıkrası da kaldırılmalıdır.

6) 34. maddenin son fıkrası çıkarılmalıdır.

Çünkü 1995 değişiklikleriyle adı geçen örgütler arasında “dayanışma yasakları” adı verilen “ortak hareket yasakları” yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle onların geçici gruplar şeklinde bir araya gelmelerine ilişkin yasağın da Anayasadan çıkarılması gerekmektedir.

7) Türkiye tarafından onaylanan Avrupa sosyal şartında yer almayan ve devlet için sosyal hakları yerine getirmeme bahanesi oluşturan 65. maddede “sosyal ve ekonomik hakların sınırı hükmü” kaldırılmalıdır.

8) 87. maddede TBMM'nin görev ve yetkileri arasında yer alan “mahkemelerce verilip kesinleşen ölüm cezalarının yerine getirilmesine karar vermek” şeklindeki ifadenin çıkarılması gerekir.

9) 91. maddenin 1. fıkrasında, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hak ve özgürlüklerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesine olanak tanımaktadır. Olağanüstü hal anayasal hukuk düzeninin bir parçasıdır. Anayasada öngörülen temel hak güvencelerine aykırı uygulamaların meşrulaştırıcı nedenlerinin bizzat Anayasada yer alması anayasal devlet ilkesiyle bağdaşmaz.

10) Anayasanın 105. maddesindeki “Cumhurbaşkanının re'sen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhinde Anayasa Mahkemesi dahil yargı mercilerine başvurulamaz.” hükmü çıkartılmalıdır. Bir hukuk devletinde böyle bir kural anayasada yer almamalıdır.

11) 125. maddenin 2. fıkrasındaki “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemlerle Yüksek Askeri Şura kararları yargı denetimi dışındadır.” hükmü ile aynı maddenin 5. fıkrasındaki “Kanun olağanüstü hallerde sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.” hükmü aynı maddenin 1. fıkrasında yer alan “İdarenin her

türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” hükmü ile çelişmekte olduğundan ve aynı zamanda hukuk devleti ilkesini de zedelediğinden kaldırılmalıdır.

12) 129. maddenin 3. fıkrasındaki “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” hükmünden “uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç” ibaresi çıkarılmalıdır.

Çünkü sözkonusu istisna Anayasanın 36. maddesine aykırı bir sınırlamadır.

13) Anayasa madde 148, fıkra 1, son cümlede yer alan: “Ancak olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesine dava açılamaz” hükmü hukuk devleti ilkesine aykırı olduğundan kaldırılmalıdır.

14) 152. maddenin son fıkrası, toplumsal evrim karşısında yasaları kalıcı kılma sonucunu doğurduğundan ve Anayasa Yargısının işlevini zedelediğinden kaldırılmalıdır.

15) 159. maddenin 4. fıkrasında yer alan “Kurul kararlarına karşı yargı mercilerine başvurulamaz” hükmü “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.” (125/1) ile çeliştiğinden ve hukuk devleti ilkesini de zedelediğinden kaldırılmalıdır.

16) Geçici 15. maddenin son fıkrasındaki: “Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez” hükmü olağanüstü dönemde çıkarılan yüzlerce yasa ve düzenleyici işlemi denetim dışı bıraktığından Türkiye’de demokratikleşme ve liberalleşmenin önündeki en önemli engeldir. Bu nedenle kaldırılmalıdır.

## II. Anayasayı İyileştirmeye Yönelik Düzeltmeler:

1) Anayasa madde. 10’da düzenlenmiş olan genel eşitlik ilkesine: “Kadın ve erkek eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliği sağlayıcı tedbirler almak ve mağduriyetleri önlemekle görevlidir.” kuralı eklenmelidir.

F.Almanya, İsviçre ve diğer bazı demokratik ülke Anayasalarında yer alan bu ilke ile yasa koyucu tarafından hukukun bütün alanlarında erkeğin kadına oranla daha iyi bir duruma getirilmesi önlenmiş olacaktır. Genel eşitlik ilkesi nisbi eşitliği amaçlarken, farklı cinslerin eşitliği mutlak eşitliği amaçlamaktadır.

2) 13. madde genel sınırlama kuralı olmaktan çıkartılmalı ve sınırlamada gözetilecek ilkeleri belirten bir güvence kuralı haline getirilmelidir.

Söz konusu ilkeler şunlar olmalıdır:

- Sınırlamanın yasa ile yapılması;
- Sınırlamanın hakkın özü kavramını da içeren demokratik toplum düzeninin gerekleri ve insan onuruna aykırı düşmeyecek biçimde yapılması;
- Ölçülülük ilkesine uygun olması.

Anayasaca tanınan hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerin hemen hepsinde sınırlama nedenleri yer aldığından 13. madde genel sınırlama hükmü olmaktan çıkarılarak bir güvence maddesi olarak düzenlenmelidir.

3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 30. maddesi ışığında 14. madde aşağıdaki şekilde kaleme alınmalıdır:

“Anayasada yer alan hak ve özgürlüklerin hiçbiri devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı veya insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan eylemler biçiminde düşünülemez.

4) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesine uygun şekilde Anayasa madde 15 fıkra 1 hükmü:

“Temel hak ve özgürlüklerin kullanılması durumun gerektirdiği ölçüde sınırlanabilir” şeklinde değiştirilmelidir.

5) Anayasa madde 83’te düzenlenen yasama dokunulmazlığı, ağır cezalı suçlar hariç, sadece milletvekillerinin göz altına alınmaması ve tutuklanmaması biçiminde olmalıdır. Suçu takiben, soruşturma ve yargılama yapılabilmelidir.

6) 12. maddenin 1. fıkrasında insan onurunun dokunulmaz olduğuna dair bir kural yer almalıdır.

İnsan onurunun korunduğu 12. maddenin 1. fıkrası Anayasanın 4. maddesindeki değiştirilemez anayasa kurallarına dahil edilmelidir.

Bütün devlet organları, devlet ile insan onuru arasında bir çatışma halinde insan onuru lehine hareket etmelidirler. Bu kural devletin egemenliği için önemli bir sınırlama oluşturacaktır.

F.Alman Anayasası 1. maddesiyle insan onurunun dokunulmazlığı kuralını getirmektedir. Temel hak ve özgürlükler bölümünün hemen başında bu ilkeye yer vermek, ona kapsayıcı ve yön verici bir ana ilke niteliğini kazandırmak anlamına gelmektedir.

7) Anayasa madde 159'daki Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna ilişkin hüküm yeniden yazılmalıdır.

Adalet Bakanlığı Müsteşarı kuruldan çıkarılmalı, Bakan başkanlık edebilmeli ama oylamalara katılmamalıdır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu teftiş elemanları ve sekreteryası ile Adalet Bakanlığı dışında, idari ve adli yargı ayırmalı, mahkemelerin bağımsızlığı ve yargıç güvencesi esaslarına uygun bir yapıya ve konuma getirilmelidir.

8) F.Alman Anayasasında ve diğer bazı ülke Anayasalarında yer alan "Anayasa Şikayet"; kurumuna Anayasamızda da yer verilmesi temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlayacak bir başka güvence olarak düşünülebilir.

Anayasa şikayeti ile devlet tarafından temel haklarının zedelendiğini iddia eden herkes Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa şikayeti yasaların, tüzüklerin, mahkeme kararlarının ve idari tedbirlerin kaldırılmasını olanaklı kılar ve yasa koyucunun hareketsiz kalması durumunda da şikayet yoluna başvurulabilir. Anayasa şikayeti ancak tüm yasa yollarının tükenmesi halinde başvurulacak bir yoldur.

Anayasa şikayeti ile AİHM'nin bireysel başvuru olanağını kullanmadan sorunların ülkemiz içinde çözülmesi sağlanmış olacaktır. Böylece uluslararası itibarımızın korunması sağlanmış olacaktır.

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim.

Sözü, hemen son üç konuşmacının birincisi Ankara Barosu Önceki Başkan Sayın Avukat Hakkı Suha Okay'a veriyorum; buyurun. Bu "önceki" terimi güzel, tuttu. (Gülüşmeler) Bunun mucidi zannediyorum zata aliniz; onun için teşekkür ediyoruz.

## Av. Hakkı Suha Okay

---

Ankara Barosu Önceki Başkanı

Sayın Başkan ben de teşekkür ediyorum. Ankara Barosu başkanlarını çok çabuk eskitmiyor; bu "önceki" terim ondandır. Çok önceki başkanı burada vardır "önceki, daha önceki" diye onu sıraya koyarız; ama "eski"yi demek hiç güzel değil. Bazen kurumu da eskitiyoruz "devlet eski bakanı" diyeceğimize "eski devlet" hangi devlet eski? O da anlamsız oluyor. O bakımdan bu terim güzel "önceki başkan".

## Oturum Başkanı

---

Sayın önceki başkan buyurun efendim.

## Av. Hakkı Suha Okay

---

Ankara Barosu Önceki Başkanı

Sayın Başkan teşekkür ediyorum. Urfa Baro Başkanımızın artık 2 dakikasını ve toplantıya katılmayan değerli hocamız Zeki Hafızoğulları'ndan tasarruf edilen 15 dakikalık süreye de sarkmadan ve sizin süre kısıtlama-

---

larınıza uyarak “yeni bir Anayasa nasıl olmalı?” konusundaki görüşlerimi sunacağım.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde Partiler Arası Uzlaşma Komisyonunun Anayasaya ilişkin çalışmaları devam etmekte. Bir kısım Yargıtay üyelerinin bir Anayasa taslağı topluma sunuldu. Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğinin bir sipariş Anayasası vardı, Türkiye Sanayici ve İşadamları Derneğinin bir Anayasa Taslağı vardı, Fazilet Partisinin bir Anayasa Taslağı var; yani toplumda Anayasa çok yoğun bir şekilde tartışılıyor. Bir yandan da kabul edildiği 1982 yılından bu yana toplumun tüm kesimlerinde ve sürekli olarak tartışılan bu Anayasa kimi zaman dayatmalarla, kimi zaman pazarlıklarla, kimi zaman kişiler için, kimi zaman konjonktürel nedenlerle değiştirildi veya değiştirilmeye kalkışıldı. Türkiye Barolar Birliğinin böylesine bir tartışma içerisinde yer alması ve bu toplantılar dizisini hazırlamasını çok önemsiyorum. Yeniden biçimlendirilmeye çalışılan dünya düzeninde sivil örgütlenmelerin bu tür etkinliklerde etkin ve aktif olarak yer alması kaçınılmazdır ve bu, bunların da görevidir. Nitekim, yoksul ulusları silahla işgali öngören emperyalizm, yeni yüzyılda “küreselleşme” adı altında, ulusal hukukumuz dahil, her türlü yaşam alanımızı etkilemiştir.

Küreselleşmenin kaçınılmazlığı karşısında üretim verimliliğinin artırılması, fırsat eşitliğinin sağlanması yanı sıra, sivil örgütlerin etkin ve aktif olarak karar mekanizmalarına katılma zorunluluğu nedeniyle böylesi bir çalışmanın bu ortamda yapılması ve bu ortamdan elde edilecek ürünlerin de bu Anayasa değişikliklerinde çaba gösteren Parlamentodaki komisyona intikal ettirilmesini doğru buluyorum. Bu çerçevede sunuşumu iki başlık altında yapmak istiyorum. Anayasa Taslağı nasıl hazırlanmalı ve Anayasa Taslağı neleri içermeli?

Yürürlükteki Anayasamızın kabul ediliş tarihinden bu yana bir dayatma ürünü olduğunu, toplumun tüm kesimleri tarafından bir tartışma yaratıldığını biraz evvel de ifade ettim; bu bir gerçek. Öyleyse bu Anayasayı yok mu farz edelim, yırtıp atalım mı, sil baştan yeni bir Anayasa yazalım mı? Bunlar tartışılıyor. Bir taraftan da bunların söylemi çok kolay “evet, yırtıp atalım” hatta bu. popülist bir yaklaşımla alıcı olan bir söylem. Bir de ülke gerçeği var. Bu ülke gerçeği içerisinde nasıl bir Anayasa yapmamız



gerekliyor? Önemsemediğim tarafı da burası. Mevcut Parlamento toplumu-  
muzun aynası ve bu Parlamento, Türk toplumunun yüzde 80'inin oyuyla  
seçilmiş bir parlamento; yüzde 20 civarında oy Parlamento dışında. O za-  
man bu Anayasa değişikliği, bundan sonraki Parlamento yapısında da pek  
bir farklılık olmayacağı düşüncesiyle, Anayasa değişikliği demek ki Parla-  
mentoda yapılacak ve bu koşullardaki bir Parlamentoda yapılma ihtimali  
de güçlü olanıdır. O zaman, doğaldır ki sistemin kimi önerileri benimse-  
meyecektir, kimi önerilere tepkili olarak bakacaktır. Ancak bu tür çalış-  
malar bu Parlamentoya önerilmeli; ama önerilmenin ötesinde, biraz önce  
değerli hocam Aliefendioğlu daha farklı, daha frapan bir öneride bulundu;  
bir kurucu meclis önerisinde bulundu.

Ben, bu Anayasa değişikliğinin hiçbir şekilde yapılmasını imkânsız kılan,  
mümkün olmamasını getiren bir öneri diye bakıyorum. Kurucu meclis tü-  
ründen bir başka önerinin doğru olduğunu düşünüyorum; çünkü 1961  
Anayasası hatırlarsak, o günün koşullarında, Milli Birlik Komitesinin ve  
siyasi parti temsilcilerinin -tabii, yasaklı, kısıtlı siyasi parti temsilcisi ha-  
riç- bunların yanında üniversitelerin, baroların, yargı mensuplarının, sen-  
dikaların, basın organlarının katılımıyla oluşan bir kurucu meclisti. O  
kurucu meclis yeni bir Anayasa yaptığı için de kurucu bir iktidardı. Bu-  
gün Türkiye'de böyle bir kurucu iktidar, yeni bir Anayasa yapacak kurucu  
iktidar söz konusu olabilir mi? Hayır. Ama hiç olmazsa o kurucu meclisin  
oluşum koşulları da göz önüne alınarak, Parlamentodaki çalışmaların sa-  
dece siyasi yasak koyucu kıskançlığı içerisinde olmadan -çünkü böylesine  
bir temel kanun, doğaldır ki sosyal uzlaşmayı ve bir toplum projesi getiri-  
yor- böyle bir yapıyı, bir alt komisyon halinde çalıştıracak bir yapıyla Ana-  
yasayı tartışarak topluma sunmasını doğru buluyorum. Aksi takdirde ya-  
sa koyucu kıskançlığı, otoritenin yetkisinden özveride bulunmaması yine  
Türkiye'de tartışmalı, toplumun değişik kesimleri tarafından kabul edil-  
meyen, benimseyen bir Anayasayı Türkiye'nin gündemine getirir.

Nitekim, Parlamentodaki bu Anayasa çalışmalarında bir başka sıkıntıyı  
daha yaşıyoruz. O da, biraz önce ifade ettiğimiz gibi dayatma, pazarlık,  
kişilere özgü Anayasa, bölük pörçük değişiklikler, palyatif ve acele arayış-  
lar, hatta yasama organının tartışmasından kaçırarak gerçekleştirilmeye  
çalışılan, hatta toplumda tartışmadan kaçırarak gerçekleştirilmeye çalışılan

Anayasa değişiklikleri... Bu koşullarda bana göre yeni bir Anayasa; tamamı, bir kısmı, ama bazı değiştirilmez maddelerine rezerv konularak toplumun tüm kesimlerinin de sesinin duyulacağı, onların da değerlendirmelerinin, düşüncelerinin alınacağı bilimsel ve evrensel değerleri içeren bir Anayasa Türkiye Büyük Millet Meclisinde; ama Türkiye Büyük Millet Meclisinde böylesine toplumun değişik kesimlerinin katkısıyla bir Anayasa değişikliği ve yeni taslak böyle hazırlanmalıdır diye düşünüyorum.

Peki yeni Anayasanın içeriği ne olmalıdır? Herkesin çok çabuk benimsediği, söylediği önce insan. Gerçi Radikal Gazetesinde Süheyl Batum hocadan dün akşam NTV'de Sayın Kaboğlu'dan "önce ülke, sonra insan, sonra devlet" diye bir başka söylem duydum, gördüm; galiba Türkiye'de bunları tartışacağız "önce insan, önce birey" dediğimizde çağımız demokrasi ve insan hakları çağıdır. Hukukun ortak paydaları demokrasi ve Anayasa. Temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı, kanunların genelliğinin sağlandığı, kazanılmış haklara saygı gösterildiği, herkesin ve özellikle idarenin hukukun kurum ve kurallarını içine sindirdiği, hukukun üstünlüğünün benimsendiği devlet hukuk devletidir. Ulusal hukukun üzerine inşa edildiği temel kanun Anayasadır. Egemenliğin tek kişiden alınarak genel iradeye verilmesi, genel iradenin bireylerin iradesinin toplamı olması ve herkesin iyiliği için olması düşüncesi azlık, azınlık korunmadığı için çağımızda kabul gören bir anlayış olmaktan çıkmıştır. Ulusal egemenliği hayata geçiren çoğulcu, katılımcı kurum ve kurallar düzeni, halk yönetimi. Demokrasilerde çağdaş Anayasalar, evrensel değerleri içeren demokratik hukuk devleti koşullarını benimseyen toplum yapısı, ulusal ve uluslararası yaşamla uyum içinde olmalıdır.

Dinamik özelliği olan Anayasaların hazırlanmasında, süreklilik isteyen ve değişimlere göre yeni ekleme ve uyumun gerektirdiği düzenlemelere hazır olması da düşünölmelidir. Esasen her ülkenin bir Anayasası vardır. Önemli olan, insan haklarının güvenliğe alındığı anayasal bir düzendir. Burada şu sözü hatırlıyorum: Rahmetli Prof. Dr. Bahri Savcı hocamızın yıllar önce bir lafı vardır "hukukun mercii de, ekseni de insandır" diyordu. Anayasanın temel özelliği bu haliyle demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına dayalı olmalı ve bunlarla da yetinilmeyerek -burasını da çok önemsiyorum- yaşama geçirilmesi için etkin biçimde uygulanması ga-

ranti altına alınmalıdır. Kurallarda kalmasının çok önemi yok; bunun kalalarda da benimsenmesi lazım.

Yeni Anayasa Taslağında hangi kriterler esas alınacak? Avrupa Birliği Kriterleri. Bunlar artık Türkiye içinde bir yol haritası oldu. Bunlar nedir diye bakıyoruz; demokrasi kriterleri, insan hakları kriterleri. Demokrasi kriterleri nedir? Hukuk devleti, özgür seçim, partiler demokrasisi, kuvvetler ayrımı, siyasi iktidarın denetimi, aktif ve etkin sivil toplum örgütleri. İnsan hakları kriterlerine bakıyoruz. İfade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü, azınlık hakları, hukuk korumasında eşitlik. Bunlar çağdaş bir Anayasanın vazgeçilmez koşullarıdır. Bunlar hep söylendi, belki değişik kelimelerle ifade edildi.

Somut öneriler, genelde tek tek madde üzerinde değil; ama somut öneriler. Özgürlüğün esas alındığı, sınırlama yerine koruma hükümlerinin getirildiği, düşünenin değil eylemin sınırlandığı, sivil örgütlenmenin aktif ve etkin olarak katılımın sağlandığı, seçim ve siyasal partilere ilişkin demokratik düzenlemelerin yer aldığı, yargı bağımsızlığının tartışmadan çıkarıldığı, savunmanın yargı bütünlüğü içinde yer aldığı ve idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu bu genel ilkeler doğrultusunda bir Anayasa. Böyle bir Anayasa ile halkın sadece seçimlerle değil, daha sık ve kapsamlı olarak demokratik yönetime katılımın sağlandığı, merkezden yönetim yerine yerinden yönetimin benimsendiği bir Anayasa modeli, bana göre Türkiye için kaçınılmazdır "bana göre" lafı fazla; çünkü burada birçok konuşmacıyla, belki birçoğunuzla daha çok ortak paydam var.

Anayasalarda devletin ideolojisi olmaz; ancak çağdaşlaşma ve sürekli devrim olan Atatürk ilkesinden de Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında ödün verilemez diyor teşekkür ediyor, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Konuşma süresine sadık kaldınız. İçeriğiyle biçimiyle konuşmanız için teşekkür ediyorum Sayın Suha Okay. Önceki Başkan kavramının bundan sonraki devamlılığı da sağlayalım sayenizde.

---

İki konuşmacı arkadaşımız kaldı. Akademik çevreden bir kamu yöneticisi. Zannediyorum kamu yönetimi alanında; siyaset bilimi ve kamu yönetimi. İkincisi de bir anayasacı, Necmi Yüzbaşıoğlu.

Sayın Firuz Demir Yaşamış; buyurun efendim.

## **Doç. Dr. Firuz Demir Yaşamış**

Sabancı Üniversitesi Sanat ve Sosyal Bilimler Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Saygıdeğer konuklar, daha önce de söylendiği gibi anayasaların iki temel işlevi vardır. Bunlardan bir tanesi “bill of rights” dediğimiz Haklar ve Özgürlükler Bildirgesini ülke çapında, ulusal sınırlar içinde ortaya koymak, bunu betimlemek bunu sınırlamak, bunu açıklamaktır. Anayasaların ikinci özelliği “devlet” dediğimiz aygıtın ana unsurlarını, bileşenlerini bir araya getiren, bunlar arasındaki ilişkileri, süreçleri ve çalışmaları, çalışma biçimlerini ortaya koyan, to constitute eden, ilişkileri belirleyen ikinci ana yapısıdır. Dolayısıyla, anayasalardan beklenen iki işlevlerden birincisi bunları belirlemek, ikinci ana işlevi de devlet organların, devlet aygıtının içinde yer alan organların arasındaki ilişkileri ve bu organların neler olacağını ortaya koymaktır.

Böyle olunca, bu kurultayda ilk gün konuşan Saygıdeğer Alman hukukçu Prof. Stern büyük bir şaşkınlık içinde olmak; çünkü Stern konuşmasına şu hükümle başlamıştı, demişti ki “Türk Anayasası, içinde bulunduğu koşullar çerçevesinde Avrupa anayasalar orkestrası içinde yer alabilecek özelliktedir” bu, uluslararası anayasal normlar açısından Türk Anayasasının yeterli düzeyde bulunulduğunu gösteren bir ifade idi. Oysa Prof. Stern bu toplantıda ve Türkiye’de yapılan çalışmaları gördüğünde, Türkiye’deki havanın bunun tam tersi olduğunu, Türkiye’de çok ciddi bir Anayasa değişimi, hatta yeni bir Anayasa konusunda çok ciddi bir oydaşlık olduğunu gördü “acaba bu ikisi arasında ciddi bir sorun mu var, gerçekten burada bir ikilem mi var?” sorunun yanıtını vermek zorundayız. Türkiye’de gerçek-

ten bir Anayasaya ihtiyaç var mı? 1982 Anayasası, içinde taşıdığı birçok hükümlere rağmen neden yetersiz bulunuyor?

Anayasayla ilgili istekler sadece söylemde de kalmıyor; görüntü kadar uygulamaya da geçiyor. Bunun çok çeşitli örneklerini gördüm. Cumhurbaşkanlığından yanlışlıkla Doğru Yol Partisine fakslanan bir metinde bir Anayasa metni vardı, ki bu Anayasa metni 82 Anayasasının 7. Maddesini değiştirerek “tam yarı başkanlık” diyebileceğimiz başkanlık sistemine geçilmesini öneriyordu. Sonradan ilgisi olmadığı, yanlışlıkla gönderildiği anlaşıldı. Bu arada Yargıtay devreye girerek bir Anayasa Taslağı hazırladı ve Türkiye Büyük Millet Meclisine gönderdi. Sonradan bunun Yargıtayın görüşlerini yansıtmadığı söylendi. Fazilet Partisinin ve diğer partilerin çoğunun yeni anayasa taslaklarına sahip olduğunu görüyoruz. Kısacası herkes yeni bir Anayasadan söz ediyor. Acaba gerçekten yeni bir Anayasaya gereksinim var mı, varsa bunun gerçek nedenleri neler? O nedenle, bu toplantının başlığını “Türkiye İçin Nasıl Bir Anayasa” değil de “nasıl” yerine “neden bir Anayasa”ya odaklanmak ve o şekilde ele almak belki çok daha doğru olacak.

Bugün baktığımızda Türkiye Cumhuriyeti, daha doğrusu Türkiye'nin tarihine baktığımızda -ki diğer konuşmacılar da değindi- Türkiye'nin anayasal tarihi içinde çok ciddi aşamalar görüyoruz. Bunlar 1803, 1839, 1876, 1908, 1920, hatta 1921, 1924, 1961 ve 1982. Bu anayasaların genel çizgilerine baktığımızda bunların hepsinin çok ciddi; ama yerinden birtakım değişiklikleri getirdiğini görüyoruz. Hepsi meydana gelen birtakım toplumsal, ekonomik ve siyasal değişikliklerin ana görünümünü meşrulaştırmak, ortaya koymak amacıyla dizayn edilmiş ve ortaya konulmuşlardır. Bu anayasaların hiçbirisi bir gerçek olmayan nedenden ortaya çıkmamıştır; hepsinin altında bir gerçek neden vardır. 1807 Senedi İttifakı, mutlak iktidarın sınırlanmasını belgeleyen yazılı iktidardır, 1876 sanayi devrimine geçmeye çalışan bir toplumun aradığı yeni bir rejimi ortaya koymuştur, 1920 Anadolu ihtilalinin Anayasasıdır, 1924 çağdaş bir devlet arayışının Anayasasıdır, 1960 daha özgürlükçü yapı isteyen Türkiye'nin Anayasasıdır, 1982 Anayasasının da kendi kabulleri vardır. Acaba bu kabuller doğru muydu, geçerli miydi? Sorun burada başladı. Dolayısıyla, bugün Anayasa için ortaya konulan gerekçelere baktığımızda bunları ikiye ayırıyorum. Bunların bir kısmı sanal gerekçeler; ama gerçek nedenler de var.

Sanal gerekçeler, özellikle Türkiye için benim sanal olarak nitelediğim gerekçe “cumhuriyetçilik mi, demokratikleşme mi?” sorusu arasında ortaya konulan konuları sorunsal olarak görüyorum. Cumhuriyeti mi korumalıyız, yoksa daha çok demokratikleşmeli miyiz bağlamında ortaya çıkan ve her ikisi de İran İslam Cumhuriyetini kendisine dayanak olarak gösteren; ama ikisi de aynı noktaya varan bir tartışmanın ve cumhuriyete sıra numaraları vererek gelen bir tartışmanın gerçekçi olduğunu sanmıyorum, bunu tartışmanın bir faydası olacağına da inanmıyorum. Ama şuna inanıyorum ki anayasalar; toplumsal ve siyasal ekonomik değişimleri izledikleri ölçüde başarılı olabilen ve buna uygun kuralları getirebildikleri ölçüde uzun ömürlü olabilen, eğer bunu yapamazlarsa da başarısızlığa mahkûm olan anayasalardır. Bu açıdan baktığımızda, Türkiye’de gerçekten bir Anayasa gereksinimi olduğunu görüyoruz. Bunların ne olduğunu ortaya koymamız lazım. Cumhuriyetçilik mi, demokratikleşme mi ikileminin zaman kaybından başka bir sonuç yaratmayacağını da bilmemiz gerekiyor. Oysa öbür tarafta gerçekten 1982 Anayasasının değiştirilmesini gerektiren, Prof. Stern’in şaşmasını ortadan kaldıracak birtakım gerçekler, çok ciddi nedenler var.

Ben bunlara çok ana çizgileriyle değinmek istiyorum. Birincisi şu: 1982 Anayasasının bu kadar kısa zamanda tartışılır hale gelmesinin en önemli nedeni; 82 Anayasasının sahip olduğu, dayandığı temel varsayımlarla temel kabullerin geçerliliklerini yitirmesidir. 1982 Anayasasının temel varsayımları, toplumsal anarşiyi ve ülkede kan dökülmesini önlemektir; Anayasasının temel varsayımı budur. Temel kabulleri vardır; ana özgürlüklerin kötüye kullanılmasının önüne geçmek, dolayısıyla sınırlamak. Oysa 82 Anayasası bu bağlamda başlangıçta yanlış olmayan birtakım hareketi, mantığı olan; ama sonradan artık geçerliliği olmayan ve toplumun yeni yerdığı dinamiklere de toplumsal ekosisyasik cevap veremeyen bir yapıya gelmiştir; birinci ana nedeni bu. Bunun için değişmelidir; çünkü artık bunlara gereksinim yok.

İkincisi ve benim çok üzerinde durmak istediğim nokta da şu: Türkiye’de bir devlet reformuna gereksinim vardır. Yürütmeden yargıya, yargıdan yasamaya kadar devletin tüm ana organları, en ağır kelimeyle “yozlaşma” demeyeceksem, daha hafif tabiriyle çok önemli darboğazlar içine girmiş-

lerdir. Başlangıçta da söyledim; anayasalar herhangi bir devletin bu organlarını biçimleyen, betimleyen, arasındaki ilişkileri düzenleyen ve iyi bir devlet yapısı ortaya koyan mekanizmalar, metinler olmalıdır. Bugün yasama yasama olmaktan çıkmıştır. Yasamanın iki ana işlevi olan yasa yapma ve yürütmeyi denetleme işlevini yerine getirememektedir. Parlametoda bekleyen yasaların sayısı 250'nin üzerindedir. Gece yaralarına kadar çalışmalarına rağmen Parlamento yasa üretememektedir, çözüm üretememektedir. Temel nedenlerinin neler olduğuna girecek değilim; ama böyle. Yürütmeyi denetleyemiyor, soruşturma ve inceleme raporları genellikle rafta kalıyor, hatta bazı raporların Genel Kurul gündemine bile gelmediğini biliyoruz.

Yargı aynı şekilde; açıkça söylememiz gerekir ki yargının adaleti geç dağıttığı bugün toplumda herkes tarafından kabul edilmektedir. Adaleti dağıtmıyor, belki geç dağıtıyor; ama geç dağıtılan adaletin adalet olmadığını herkes kabul ediyor. Yargı reformu, belki de bundan sonra Türkiye Barolar Birliğinin kurultayı için başka konu olmalıdır; ama yargı içinde bulunduğu koşullarda nitelik sorunlarından nicelik sorunlarına kadar fiziksel altyapı sorunlarına kadar çok ciddi darboğazlar içerisindedir. Yargıtay başkanlarının her adli yıl açılış konuşması artık birbirinin kopyası haline gelmeye başlamıştır ve nitelik bu sorun, bizzat kendileri tarafından ortaya konulmaktadır.

Tabii, benim ana konum yürütmeye gelince çok şeyler söylemek lazım. Bugün Türkiye'ye baktığımda Türkiye'de yönetim bu çapta plütokratik ve oklokratik bir özellik kazandığını görüyoruz. Varsıllara dayalı, zenginlere dayalı, sermayeye dayalı bir yönetim; bunun ötesinde bunların istedikleri şekilde düzenlenen, gelişen olaylar ve yönetimi yürütmenin Aristo ve Jean Jacques Rousseau'ya kadar gelişen çeşitli filozofların kullandığı oklokratik özelliği; yani yönetimin, ayaktakımının veya suç örgütlerinin eline düşmesi gerçeğiyle karşı karşıyayız. Böylesine bir yolsuzluklar ortamı içerisinde Susurluk sendromlarının giderek geliştiği, plütokratik olayların hızla genişlediği bir rejim ancak plütokrasi olarak adlandırılmak durumunda olabilir. Bu kadar büyük sorunların olduğu bir yürütmeye performans düşmüştür, kamu yönetimi çalışmamaktadır, çok aşırı; ama yetersiz eleman istihdamı vardır, son derece pahalı çalışmaktadır, devlet örgütü,

yürütme örgütü tam bir açmaz içine girmiştir. Çok daha detaylarına girmek mümkün; ama bu üç noktayı bir araya getirdiğimizde karşımıza çok ciddi bir devlet reformu sorunu ortaya çıkmaktadır. Devlet reformu sorununun bu kadar büyük bir gereksinim olduğu bir ülkede, yeni yapılacak Anayasa bunun tercümanı olmak zorundadır. Bu nedenle yeni bir Anayasaya ihtiyaç vardır.

Üçüncü ana neden, global ve küresel ölçekte, bölgesel ölçekte, gerekse ulusal ölçekte çok önemli nitelik, ekonomik değişiklikler olmaktadır. Küresel ekonomi değişmektedir “yeni ekonomi” dediğimiz bir ekonomi ortaya çıkmaktadır, bölge ekonomisi değişmektedir, ülkenin ekonomisi değişmektedir. Bugüne kadar sürdürdüğümüz devlet önderliğinde kalkınma ve gelişme modeli artık geçerliliğini sorgulanır duruma getirmiştir. Özel sektörün bu kadar geliştiği bir toplum içerisinde, devletin kamu ekonomisi içerisinde bu kadar geniş bir paya sahip olmaması gerektiğinde açıklıkla hemfikir olmalıyız, ortak bir paydaya sahip olmalıyız. Bu kadar gelişmiş bir toplumda devletin basma üretmesine, otomobil lastiği üretmesine ve kasa yapmasına gerek olmadığını düşünüyorum. Dolayısıyla, bu merkezde oluşan yoğunluğun artık merkezkaç kuvvetlere devredilmesi gerekir. Bunların başında da özelleştirmeyi açıklıkla desteklemek gerekir. Tabii, Türkiye’de ortaya çıkan şartlar altında değil; çünkü özelleştirmeden bütün parayı sadece özelleştirme giderlerine harcadığımız ve birtakım şeyleri sadece satmaya çalıştığımız düzenin özelleştirme olmayacağını açıklıkla söylüyorum ve kabul ediyorum.

Bunun ötesinde bir tarafından özelleştirme, diğer taraftan da yerinden yönetim kurumlarına ağırlık vermek gerekir “tabii, yerinden yönetim konularına ağırlık vermek” denince ortaya yerel yönetim çıkmaktadır. Açıklıkla söyleyeyim ki şu anda Parlamentoda olan ya da sunulmak istenen Yerel Mahalli İdareler Reform Tasarısı bir reform tasarısı değildir ve yerel yönetimlerin sorunlarına en ufak bir çözüm getirmeyecektir. Dolayısıyla “böyle bir ortamda nasıl bir yerel yönetim reformu yapılacaktır ve nereye gidecektir?” sorusuna çok iyi cevap vermek lazım.

Çok önemli bir noktaya daha değinmek istiyorum; bana göre çok önemli bir nokta “neden bu Anayasa değiştirilmeli ya da neden yeni Anayasa gereksinimi vardır?” sorusunun son cevaplarından bir tanesi de şu: Bu mev-



cut Anayasanın siyasal krizleri, bunalımları, buhranları çözme yetkinliği çok sınırlıdır. Örneğin, Cumhurbaşkanının Parlamentoyu feshetmesi yetkisi vardır; ama bu yetki kullanılmayacak kadar çok koşullara bağlanmış-  
tır. Şu anda Cumhurbaşkanlığı statüsü Türkiye’de belli değildir. Bu Anayasada Cumhurbaşkanı nedir? Anayasa statüsü sorusunun cevabını vermek mümkün değildir; şu anda Hükümetle Cumhurbaşkanlığı arasındaki tartışmanın özü de budur. Yetkileri ne olmalıdır, hangi yetkileri verilmedir, hangileri ortadan kaldırılmamalıdır, süresi ne olmalıdır sorunu; hâlâ aradan geçen 80 yıl sonra bunu tartışıyoruz. Bir Cumhurbaşkanının anayasal sorunlarını çözememiş bir toplumda diğer konuların kolaylıkla çözülebileceğini beklemek mümkün değildir. Dolayısıyla, burada şunun altını özellikle çizmek istiyorum: Bence mesele hiçbir zaman başkanlık veya yarı başkanlık arayışları olmamalıdır. Bunları sadece vakit geçirme önerileri olarak görüyorum. Gerek başkanlık girişimlerinde, gerek yarı başkanlık girişimlerinde, gerekse Parlamenter sistemde hepsinde sorunlar olabilir; ama onların hiçbirisi bizatihi sistemin kendi sorunları değildir. Sistemin kötüye kullanılmasının, sistemin işlememesinin sorunlarıdır.

1970’lerin ortalarında Birleşik Amerika’da Water Gate skandali ortaya çıktığında, kongre tarafından oluşturulan bir panelde ortaya konulan önerilerden bir tanesi şu olmuştur: “Acaba Water Gate gibi skandallerin ortadan kaldırılması için Amerika Birleşik Devletleri parlamenter sisteme mi geçmelidir?” sorusu ciddi olarak tartışılmıştır. Açıklıkla görülüyor ki böyle ani, büyük rejim değişikliği sorunu çözücü nitelikte değildir, bunlarla sorunu çözebilmek mümkün değildir. Önemli olan sistemin dinamikleri içinde doğru oluşturmak ve bunların doğru çalışmasını sağlamaktır. Her sistem içinde sorunlar vardır, her sistem içerisinde iyilikler vardır. Dolayısıyla, sorunu sadece sistem bazında ele almak değil, sistemin süreçleri ve ilişkileri bazında ele almak gerekmektedir.

Ben söylemek istediğim pek çok hususu atlıyorum. Genel nitelikte Anayasanın neden değiştirilmesi gerektiği konusunda söyleyeceğim ana çizgiler; çok çok ana, çok genel çizgiler bunlar. Ama eğer izin verirseniz, konuşmama son vermeden önce önemli gördüğüm iki somut konuda görüşlerimi açıklamak istiyorum. Bunlardan bir tanesi Anayasanın çevre hakkıyla ilgili maddesidir; bu konuda, çok kısa olmak kaydıyla birkaç şey söylemek

istiyorum. Bir de son olarak; ama söylemek istediğim pek çok hususu da söyleyemeyerek yerel yönetimlerle ilgili bazı birkaç ifadeyi kullanmak istiyorum.

Çevre hakkı ile ilgili olarak Anayasanın 56. Maddesinde yer alan “sağlık hakkı” başlığı altında düzenlenen bir düzenleme var “herkes, dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşamak hakkına sahiptir” diye başlayan bir düzenleme. Ama 65. Madde bağlamında, ekonomik ve sosyal hakların sınırları bağlamları zamanında şuydu: Herhangi bir yaptırım içermeyen bir maddeye sahibiz. Oysa size hiç anlatmama gerek yok ki, Çevre Bakanlığı önceki Müsteşarı olarak anlatmama gerek yok ki çevre sorunları hem küresel bağlamda, hem de ülkemiz sınırları içerisinde çok ciddi sorunlara ulaşmıştır. Çok daha çevresel günler bizi bekliyor. Birtakım katastroflardan söz etmemi bir uzman olmamı yadırgamayınız. Bunu bilerek ve altını çizerek söylüyorum. Türkiye, çevresini yönetemeyen ve giderek çevre katliamlarına daha fazla olası konu olmaya başlayan bir yapı içerisinde. Bu kadar büyük çevre sorunlarının olduğu bir ortamda, ne yazık ki, biz çevremizi korumuyoruz; ama buna karşılık Anayasanın 56. Maddesi böyle bir haktan söz ediyor. Hemen belirtmeliyim ki yeni yapılacak düzenlemede bu madde mutlaka yeniden ele alınmalıdır; çünkü bu madde sağlıklı ve dengeli bir çevreden söz ediyor ve bunun korunmasının vatandaşların ve devletin ödevi olduğunu söylüyor; ama buradan sonra 65. Maddede “devlet bu bölümdeki haklarını gerçekleştirirken ekonomik istikrarı gözetir” diyerek çevresel korumanın önünde ekonomik gelişmenin, istihdamı artırmanın; yani kirletmenin dikkate alınması gerektiğini söylüyor. Bu ikisi çok büyük bir çelişkidir, bu ikisinin birlikte olabilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, yeni Anayasa tanımlanırken mutlaka çevre hakkının yeniden tanımlanması; ama bu tanım yapılırken de bu hakkın ana unsurlarının bu maddeye yazılması lazım.

Benim 4 tane önerim var:

1. Çevre konusunda bilgiye ulaşma hakkı bu tanım içinde yer almalıdır.
2. Çevreyle ilgili olarak dava açma hakkı bu maddede yer almalıdır.
3. Çevreyle ilgili kamu organlarının aldığı kararlara katılmak hakkı burada yer almalıdır.
4. Son olarak çevresel etki değerlendirmesi yükümlülüğüne uymak zorunluluğu yine Anayasada yer almalıdır.

Nitekim Danıştayın bu konuda verdiği bir karar son derece dikkat çekicidir. Danıştay 6. Dairesinin Euro Gold (Bergama Davası) ile ilgili olarak verdiği karar, Türkiye'ye çok ilginç bir hukuksal yapılanma getirmiştir. Danıştay, Euro Gold ile verdiği bu kararda, insan sağlığı ile ilgili olarak sıfır risk nazariyesini benimsemiştir; yani hiçbir sanayi, hiçbir endüstriyel çalışma bundan böyle insan sağlığını riske edecek durumda olmayacaktır, yapılamayacaktır.

Yerel yönetimler konusunda da birkaç husus söylemek istiyorum; çünkü çok önemli burada hiç değinilmedi. Ben aynı zamanda yerel yönetimler uzmanı olduğumu düşünüyorum. O konuda birkaç hususu söylememe izin veriniz. Biraz önce söylediğim gibi mevcut tasarının yerel yönetimler reformuyla hiç ilgisi yoktur. Yerel yönetimler son derece kötü yönetilmektedir. Türkiye'de yerel yönetimlere bağımlı olarak bir demokratik gelişme şu an için düşünülemez; ama bunun yanında yerel yönetimler çok ciddi gelir yetersizliği içindedirler ve bir özerk kuruluş olarak da çalışmamaktadırlar. Bunun ana nedeni, yeterli gelir kaynaklarına sahip olmamalarıdır ve bunun ana nedeni 1982 Anayasasıdır; çünkü 1982 Anayasası vergi koymak yetkisini sadece Parlamente'ye vermiştir, dolayısıyla sadece merkezi hükümetin vergi koymaya yetkisi vardır. Yerel yönetimlerin kendi sınırları içerisinde vergi koymak yetkisi yoktur. Oysa yerel vergi bazının oluşturulabilmesi için Türkiye'de mutlaka yerel vergi sistemine geçmeye gereksinim vardır. Belediyeler veya il özel idareleri kendi yerel vergilerini koyabilmelidirler. En azından ek vergi ya da "munzam vergi" dediğimiz yeni sistemin, Anayasa yeniden yapılırken yerel yönetimlere getirilebilecek en büyük katkılardan biri olarak ele alınması gerektiğini düşünüyorum, hepinize saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Teşekkür ederim Sayın Yaşamış. Konuşma, deneyimlerinden getirdiklerinizle de bayağı canlı bir içerik kazandı.

Son söz Sayın Prof. Necmi Yüzbaşıoğlu'nun.

---

## Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ben sadece günün değil, aynı zamanda Kurultayın da son konuşmacısıyım. 17 değerli konuşmacıdan sonra “ben ne konuşacağım” diye önümde durmadan tasfiye yaptım; ama her şeye rağmen hâlâ konuşacağım çok konu var, artıklar var; onları toplama gerekiyor, bazı hususları sorgulamamız gerekiyor. Ben süratle bunları yapmaya çalışacağım.

En son meslektaşım “Anayasanın iki işlevi vardır” dedi. Gerçekten biz anayasacılar derslere hep öyle gireriz. Anayasanın iki işlevi vardır: 1. Temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak; yani özgürlükler rejimini belirlemek -ki asıl öncelikli işlevi budur- anayasacılık hareketleri bu nedenle çıkmıştır. İkinci işlevi de devletin temel organlarının kuruluşunu, işleyişini düzenlemek, devletin statüsünü belirlemek. Bunların hangisi önceliklidir? Kuşkusuz özgürlükleri güvence altına almak önceliklidir; çünkü devlet ötelere beri var, ama anayasal son 200 yıldır var. O halde Anayasaların asıl misyonu, bireyin temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almak olmalıdır. Anayasalar yapılırken, Anayasa mühendisliğinde bu iki konuda temel bir tercih yapmak lazım, ondan sonrası kolay. Neyi yapacağız? Özgürlükler rejimini düzenleyeceğiz. Buradaki kriter, ölçü otorite özgürlük ilişkisidir. Hangisine öncelik vereceğiz? Ondan sonra Anayasa metnini hazırlamak tamamen bir mühendislik işi. Diyorum ki “anayasacılık hareketleri özgürlükler için vardır. Bir Anayasa bireyi temel almalıdır” çok şükür burada bu konuda bir uzlaşma sağlandı. Gerek siyasetçilerimiz, gerekse meslektaşlarımız birey-toplum-devlet ilişkisinde artık bireyin ön plana alınması gerektiğini söylediler; bu konuda uzlaştık.

82 Anayasasının olumsuz yönü, Anayasa yapılırken işe tersten başlanmasıdır. 82 Anayasası, 12 Eylül öncesine tepki olarak devleti ön planda tutan bir tercihle hazırlanmış bir Anayasadır. Dolayısıyla, özgürlükler rejimi baştan aşağı önce devlet, sonra toplum, en sonra birey; olabildiğince, ne kalırsa felsefesi hakimdir. Böyle bir felsefeye hakim Anayasayı düzeltmek kolay değildir. Kuşkusuz ideal olan, doğru olan bu Anayasayı yeniden yapmaktır; ama bu gerçek gibidir. O noktada anayasalar ne zaman yapı-

lr? Dünyaya baktığımız zaman, gönül istiyor ki tepki ortamı olmayan, toplumsal barışın sağlandığı, soğukkanlı, serinkanlı bir ortamda Anayasa yaparsak bu dediğimizi yaparız; ama bu Anayasa nerede yapılıyor? Bırakın onu hangi hukuk kuralı böyle bir ortamda yapılıyor? Yani hukuk kuralının doğası gereği ihtiyaç olduğu zaman yapılır. Hukuk bir üstyapı kurumudur, aşağıdan zorlanır; o sizi bir norm koymaya zorlar. Bu kanun için de böyledir, Anayasa için de böyledir. Af Kanununu ne zaman çıkardık? Hapishaneler dolduğu zaman, hakim olamadığımız zaman çıkardık. Siyasi partiler çıkartmayı ne zaman zorlaştırıyoruz? Fazilet Partisi yargılanırken zorluyoruz; üstelik Anayasanın 138. Maddesini çiğneyerek. Böyle olunca hukuk kurallarının, Anayasanın doğası gereği bunlar olağan koşullarda pek yapılmaz. Dünyadaki bütün anayasalar da krizler sonrası yeniden yapılmıştır. O halde şu Anayasayı yeniden yapmak işinden vazgeçelim.

Mevcut Anayasayı nasıl düzeltiriz? Bunun zorluğunu söyledim; ama olmaz da değildir. Bakınız, dayatma olması da özgürlükler bakımından aşılabilir değildir. 1958 Fransa Anayasası da dayatma, De Gaulle'ün Anayasasının bizimkinden çok farkı var mı, Fransızların özgürlük sorunu var mı? Üstelik Fransa'nın Anayasasında özgürlükler hiç yok. Anayasanın başlangıcından 1789 Bildirisine yollama yapıyor, Üçüncü Cumhuriyet Dönemi temel ilkeleriyle bir özgürlükler rejimi düzenlenmiş. O halde "bu Anayasanın arkasında halk desteği yoktur, özgürlükçü olamaz" yaklaşımı yanlıştır. Bizde örnek 61 Anayasanın yapılış koşullarıyla 82 arasında kuşkusuz fark vardır; ama 61 İhtilalini yapan askerler, o günkü dünya konjonktürüne de paralel olarak özgürlükçü bir tercih ortaya koymuştur. 61 Anayasası yüzyılın belki en özgürlükçü anayasalarından biridir. 82'yi yapan aynı güç, benzer yaklaşımla bu Anayasa ortaya çıkmıştır. O halde, önemli olan dayatmadan çok bu dayatmacıların tercihidir. Bu Anayasayı yapanlar neyi tercih etmiştir noktasına dikkat etmek gerekir diye düşünüyorum.

Bu noktada Anayasa metnini oluştururken ayrıntılı Anayasa, çerçeve Anayasası üzerinde durmamız gerekiyor. Bütün konuşmacılar "ayrıntılı anayasa" diyorlar; ama bir taraftan da herkesin öncelik verdiği konular var. Sayın meslektaşımız bir çevre hakkı söyledi, iki sayfa tuttu. Dün

Uğur Alacakaptan hocamız “Cumhurbaşkanıyla ilgili bir şeyler Anayasa konulmalıdır” dedi; bir-iki sayfa da o tuttu. Ekonomik haklarla ilgili konulmalıdır; Anayasa 500 madde oldu “bunlar önemsizdir” demiyorum. O halde her şeyi Anayasa koyamayız. Anayasayı ne kadar ayrıntılı yaparsak -82 Anayasası da ayrıntılıdır- tartışmaya o kadar önce başlarız; çünkü yoruma elverişli değildir. O halde araya başka hususlar koymamız gerekir. Niye Anayasaya koyuyoruz? Demek ki biz Parlamenteoya güvenmiyoruz; temel nedeni bu. O halde Parlamenteoda yasalar basit çoğunlukla yapılıyor, Anayasa daha zor yapılıyor. Yasalarla Anayasa arasına Fransızların “organik kanunlar” dediği bir kategori koysak -İtalyanlar da bu modelle geçti- birtakım temel yasaları Siyasal Partiler Seçim Yasası, Temel Organların Kuruluş Yasası gibi yasaları daha farklı şekilde, farklı çoğunlukla yapsak daha kolay olmaz mı diye düşünüyorum. Bu tercih, Türkiye’de de dikkate alınmalıdır; çünkü her konuyu Anayasaya koyarsak o Anayasasının ayrıntılı olması kaçınılmazdır. Bu tercihi yaptığımızda işimiz kolay.

Özgürlükçü bir Anayasa, elimizde tarihimizden 61 Anayasası var. Kaldı ki Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine imza atmış. O sözleşme hükümleri belli, oradaki demokrasi standartları belli, oradaki özgürlükler rejimi belli, onu kendi iç hukukuna geçirme yükümlülüğü altına girmiş; bunu koyarsınız. Bunu yapmak tamamen teknik bir iştir. Anayasasının 13. Maddesini, diğer maddesini Sayın Zafer Gören meslektaşım saydı, ben tekrarlamıyorum; buna uygun olarak yaparsınız. Bu tamamen bir Anayasa mühendisliği, bir teknik işidir. Yalnız bu noktada bence sosyal haklar bakımından biraz daha duyarlı olmak gerekiyor; çünkü 1990’dan sonra, bu Kurultay boyunca söylenen globalleşme eksenini çerçevesinde sanki sosyal haklar biraz arka planda kalıyor gibi geliyor. Böyle bir düzenlemede sosyal haklar bakımından biraz daha duyarlı olmak lazım. O halde yapılması gereken, Anayasadaki kısmi değişiklikler, adım adım değişiklikler. Ancak halkın Anayasası öyle çıkar.

1995 değişikliklerini küçümsemeyelim; sivil toplum örgütleri canlandı, katılımcılığı artırdı “yeterli” demiyorum, buna ek şeyler koyabiliriz. Ne koyabiliriz? Bağımsız idari otoriteler var. Bir ara kanunu çıkacak gibi oldu, geri kaldı “ombudsman, medyatör, kamu avukatlığı” denilen kurum Türkiye için düşünülebilir. Yolsuzlukların önlenmesi bakımından, bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından bu tür bağımsız idari otoritelerle sivil toplum canlılığı daha da artırılabilir.

Özgürlüklerle ilgili Anayasada özgürlükçülük ekseninde yapılması gereken hususları tek tek saymıyorum. Gören arkadaşım hepsini saydı. Yalnız ona bir-iki konuyu ekleyeceğim. Birincisi bizde yasama yetkisinin devredilmezliği kuralı var; bu kural aşıldı. Niye aşıldı? Avrupa Hakları Mahkemesi ne yapıyor? Birtakım kararlar alıyor, o kararlarla biraz egemenlik kullanıyor. Yarın Avrupa Birliğine gireceğiz, daha fazlasını kullanacak. O bakımdan buraya bir hüküm koymak gerekiyor "ulusalüstü örgütlere üyelerin gerektirdiği yükümlülükler saklı kalmak üzere" diye bir istisna hüküm getirmek gerekiyor.

Değinilmeyen 42. Madde var. Bakın, şöyle diyor: "eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz" burada buna hiç değinilmedi. Milletvekilinin, Cumhurbaşkanının, Alman Anayasasında olduğu gibi memurların Anayasaya sadakati olabilir, olmalıdır; ama eğitim, öğretim hürriyeti Anayasaya sadakatle sınırlanamaz. Sınırlansaydı dünya hâlâ krallıkla yönetilirdi. Bilimin, teknolojinin gelişmesi bakımından eğitim, öğretim hürriyeti bir şeye sadık kalmaz. O sadece teknolojiye, bilime sadık kalır; bu hükmün değiştirilmesi gerekir.

Yine üzerinde durulmayan milletvekili seçimleri 4 yıla bir insan; dünyada 4 yıl. Türkiye'de bakın, geçtiğimiz dönemde Parlamento hiç 5 yıl devam edemedi. Hep erkene alındı, 4 yılda bir yapıldı. Ne güzel bir teamül oluştu. Bunu yazılı Anayasa hukuku kuralı haline getirelim Halkın Anayasası; yani demek ki milletvekili de, seçmen de 5 yıl dayanmıyor. Bu iradeyi Anayasa kuralı haline dönüştürelim; halkın Anayasası böyle olur.

Yine yasama dokunulmazlığıyla ilgili Zafer Gören arkadaşım söyledi. Kısa Anayasa yazmak bakımından bir örnek vereyim; kısa Anayasa nasıl yazılır? Hep "dokunulmazlık kapsamı geniş" deniliyor; doğru geniş, daraltılmalı. Ama bunun için bir kısmı kapsamına giren suçları yazıyor, bir kısmı girmeyenleri yazıyor. O zaman destan gibi bir madde çıkıyor; buna hiç gerek yok. Şöyle bir hüküm: "Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ile sürülen bir milletvekili, ağır cezayı gerektiren suçüstü hali dışında Meclis kararı olmadıkça gözaltına alınamaz, tutuklanamaz, hapsedilemez" kuralını koyarsınız, 83. Maddedeki 4 fıkrayı atarsınız. Bunları tek tek saymaya hiç gerek yok; çünkü dokunulmazlığın amacı milletvekilinin Parlamentodaki fiziki varlığını sağlamaktır. Bunu engellemek nedir? Gözal-

tına almak, tutuklamak ve hapsedilmektir. Bu korumalar devam eder, sorgulanma, yargılanmayı açık tutarsınız. Milletvekili hem sorgulanır, hem yargılanır, hem Meclisteki görevini yapar. Hükmün sonucunda beraat ederse sorun yoktur, mahkûm olursa 1 yıldan azsa zaten milletvekili seçilmeye dahi engel değil, 1 yıldan fazlaysa üyeliğin düşme nedeni; olay son derece basittir. Öyle tek tek suçlar yazmaya gerek yoktur.

Özgürlüklerle ilgili aşağı-yukarı söylemek istediklerimi belirttim. Diğer tarafı; devleti organlarının kuruluşu, işleyişi bakımından temel kriter hükümet sistemi tercihinizdir; bu önemli. Parlamenter sistem mi istiyorsunuz, yarı başkanlık sistemi mi istiyorsunuz; bu tercihinizi başta koymanız gerekir. Çünkü bütün yasama-yürütme ilişkileri buna göre düzenlenir. Gördüğüm kadarıyla yarı başkanlık, zaten bir-iki uç istisna dışında Türkiye’de başkanlık sistemini isteyen yok. Yarı başkanlık sistemi taleplerinde de tansiyon bir hayli düşmüş görünüyor, siyasilere de öyle gördüm. Parlamenter sistemin eksikleri bakımından -ben perşembe günü konuşmamda da söyledim- Cumhurbaşkanının yetkilerine netlik kazandırmak lazım. Bundaki temel neden, Anayasa yapılırken Danışma Meclisi metnindeki iki ayrı metnin iyi birleştirilmemesinden kaynaklanıyor. Bu madde, kenar başlığı dahil yanlıştır; çünkü orada “Cumhurbaşkanının sorumluluğu ve sorumsuzluk hali” diyor. Buradan ne çıkıyor? Sanki Cumhurbaşkanı sorumlu, istisna sorumsuz. Oysa bunun tersidir; o madde, 104-105. Madde yeniden ele alınmalıdır. Cumhurbaşkanının yetkileri mütevazı hale getirilmelidir, artı tek başına kullanacağı yetkiler tek tek sayılmalıdır. O zaman “Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemlerde yargı yolu kapalıdır” sorunu da kendiliğinden ortadan kalkmış olur.

Son olarak yargıya değinmek istiyorum Sayın Başkan. Bu oturumda benim gördüğüm şu var; Türkiye’de genelde “kuvvet ayrılığı” denildiğinde yasama, yürütme, yargı bir potada tutuluyor. Efendim yargı farklı bir konudur. Kuvvetler ayrılığı yasama, yürütme arasında ayrılık olarak anlaşılması gerekir ve demokratik meşruiyet, siyasi demokrasi bunlarda aranır. Yasama organının seçimle işbaşına gelmesi, yürütme organının seçimle ya da yasama tarafından getirilmesi. Öteden beri, Aristo’dan beri yargı için önemli olan ayrı bir bağımsızlıktır. Yargı siyasi demokrasinin bir ürünü değildir, yargı liberal demokrasinin bir ürünüdür. Dolayısıyla, yar-



gının meşruiyeti seçilmeye, seçilmiş olmaya, seçilmişler tarafından atanmağa dayanmaz. Yargının meşruiyeti, özgürlükleri korumaya dayanır. Onu yerine getirebiliyor ise yargı o ölçüde meşrudur, işlevini yerine getirebiliyordur.

Bakınız, Anayasa Mahkemesi ne iş yapıyor? Yargının bizatihi fonksiyonu o; siyasileri denetliyor. Nereye göre? Anayasaya göre. İdare mahkemeleleri ne iş yapıyor? Yürütmeyi, idareyi denetliyor. Ne adına? Bireyin özgürlüğünü korumak adına. Meclis çıkardığı kanunlarla özgürlükleri gereğinden fazla sınırlıyor mu? İdare yürütme özgürlükleri ihlal ediyor mu? Dolayısıyla, yargı meşruiyetini liberal, demokratik felsefeden alır, siyasi demokrasiden değil. Onun meşruluk ölçütü özgürlükleri koruma işlevini yerine getirebilmesidir. Bunun için, yargı için asıl olan bağımsız olmaktır. Onun için, Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunun -söylendi, ben burada tekrarlamıyorum- bağımsızlığı son derece önemlidir.

Sayın Başkan, son olarak Anayasa Mahkemesiyle ilgili kısa bir şeyler söylemek istiyorum; çünkü Anayasa Mahkemesiyle ilgili konu burada hiç söylenmedi. Anayasa Mahkemesinin önünde bana göre çok önemli sorunlar var. Zafer Gören arkadaşımın dediği Anayasa şikâyeti yolu Türkiye'ye de gelmelidir. Anayasa şikâyeti nedir? Bir temel hak ve özgürlükleri kamu otoritelerince ihlal edilen bir kimsenin, iç hukuk yollarını tükettikten sonra son çare olarak Anayasa Mahkemesine de başvurabilmesidir. Bunun kaynağı Avusturya ve Almanya; ama yeni demokrasiye geçen ülkelerin birçoğu da bunu kabul etti. Bizde de Anayasa şikâyeti yolu kabul edilmelidir. Edildiği zaman ne olur biliyor musunuz? Anayasa Mahkemesinin mevcut yükü dörde katlanır. Şu anda bile Anayasa Mahkemesi, bazı kararlarının gerekçelerini 2 sene sonra yayınlıyor. O zaman o yükün altından hiç kalkamaz. O bakımdan, Anayasa Mahkemesi bakımından Alman Anayasası, modeli iki dairesel bir yapı düşünülmelidir. Bu çerçevede bir görev bölümü yapılabilir. Cezai hükümler içeren kanunların Anayasa uygunluğu denetimi, siyasi partileri kapatma davası, Yüce Divan görev bakımından, ceza yargılaması ağırlıklı olarak belli bir daireye verilebilir. Diğer denetim yargılaması ağırlıklı olarak bir başka daireye verilebilir. Bu oluşumda da Yargıtay, Danıştay, Barolar; yani yargının üçüncü ayağı Anayasa yargısına girmelidir. Şimdi de hâlâ Cumhurbaşkanınının Barolardan

atama yetkisi var; ama bu daha kesin hale getirilmelidir. Çünkü yargulamanın üçüncü ayağı savunmadır. Savunma da Anayasa Mahkemesinde olmalıdır, üniversiteden öğretim üyeleri olmalıdır. Avusturya, Almanya Anayasa Mahkemesine göre Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukukçu olması zorunlu, hatta deneyimli hukukçu olmak zorunlu.

Bir de Anayasa Mahkemesine başvuru biraz daha genişletilmeli. Sadece iktidar ve ana muhalefet partisi Meclis gruplarına değil, bütün siyasi parti Meclis gruplarına bu hak tanınmalıdır, 1/5 değil, 1/10 milletvekillerine tanınmalı. Ön denetim Türk Anayasasına da girmelidir. Özellikle demin söylediğim organik yasalar Türk hukuk sistemine de girecekse seçim kanunları, siyasi partiler kanunları, bazı temel organların kuruluş kanunları; bunlar öndenetimden geçmelidir. Bu şey için daha zorunludur. Bir kere uygulanmakla ömrünü tüketen yasalar Af Yasası. Af Yasasının Anayasa uygunluk denetiminin hiçbir manası yok. İdam cezası tabii kaldırılacak; onu katmıyorum. Bu tür bir kere uygulanmakla hükmünü icra eden yasalar için öndenetim bir zorunluluktur; çünkü bu yasayı uyguladığınız zaman ilerici denetimin manası kalmıyor.

Hâkimler Savcılar Yüksek Kurulunu söyledim. Son olarak kanun hükmünde kararname -arkadaşlar, bu benim profesörlük takdim tezimi Türkiye’de tam bir felaket; çünkü hâlâ 61 Anayasası döneminden kanun hükmünde kararname var. Bu konuda 65’e kadar Anayasada hüküm yoktu falan. Hüküm konuldu; ama yine de Meclis büyük bir ihmalkârlık halinde. 20 yıldır kanunlaşmayan kanun hükmünde kararname var. Bu konuda “Anayasaya belli bir süre, 3 ay Meclise sunulduktan sonra kanunlaşmayan kanun hükmünde kararname reddedilmiş sayılır” diye bir hüküm koymakta yarar var diye düşünüyorum.

Sabırınız için hepinize teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Sayın dinleyenler, konular konuşuldukça tükenmeze benziyor, hani yedikçe çoğalır. Ben de müsaade ederseniz bir 50 dakika konuşmayacağım. Ba-

zı noktalar var. Bende de heyecan uyandırdı; ama onları burada dile getirecek imkân kalmadı, güç de kalmadı.

Ben burada yazılı soruları aldım. Arkadaşlarımdan bunları cevaplamak için vekâlet istiyorum. Ben burada kalacağım. Soru soranların uhdesinde, içinde kalmasın. Onları hiç zamana bağlı olmaksızın cevaplamaya çalışacağım; ancak konuşmacılar, Kurultayın başından bugüne değin tek tek Anayasa hukukunun konularını kucaklayacak bir yolda yürüyerek dile getirdiler. Bütün bunların üzerinde bugün siyasetler, akademisyenler, avukatlar, siyaset bilimcileri konuları deştiler; deşilmesi önemliydi. Ortak noktalar çıktı; bu ortak noktalardan Parlamentoda Anayasa değişikliği için kapılar açılabilir. Bakın, yakın bir zamanda da o değişiklikler bir başlarsa şöyle bir durum var: Bir-iki değişiklik yapılırsa duramaz. Arkadan ötekiler de çorap söküğü gibi gelir. Onun için bir kez yola çıkmaz lazım. Yola çıkmanın psikolojik ortamı var. Bir kamuoyu desteği de bulacaktır. Parlamenterler adımı atabilmeli, ürkek olmamalı, cesaretle yola çıkılmalı. Ancak hazırlıklar yapılmıştır; 1990'dan beri pek çok taslak vardır. Neyin yapılması gerektiği konusunda bir düşünce belirmiştir. Bu Kurultay son derece başarılı bir biçimde Türkiye'de ilk kez kucaklayıcı olmuştur. O bakımdan, ben Türkiye Barolar Birliğine burada, bir anayasacı olarak, bir meslek mensubu olarak, bu alanın mesleğinin uğraş alanı temsilcisi olarak kendilerine teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Asıl önemli olan mutfağın arkası, hiç ortaklıkta görünmeyenler var. Burada hizmet veren sevimli, güler yüzlü, her gün bizlerin ihtiyacını karşılayan personel var, harap olan tercümanlar var. Yorulduklarını buradan hep izledim, gördüm; onlara nasıl teşekkür borçlu olduğumuzu bilemiyorum, kelime de bulamıyorum. Ama asıl büyük teşekkür siz dinleyenlere. Burada konuşanları sabırla yüreklendirdiniz, varlığınız çok önemliydi. Onların konuşma heyecanı ancak sizlerin dinlemesiyle gerçekleşebilirdi; bunu başardınız. Onun için, bizleri bu sıcak ortamda kucaklayan Türkiye Barolar Birliğine, onun Sayın Başkanın şahsında bütün meslektaşlara buradan sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Sizlere de katıldığınız için, sabırla dinlediğiniz için, hoşgörünüzden dolayı da ayrıca büyük teşekkürleri sunarak bu oturumu kapatıyorum; ama soruların sahipleri istiyorlarsa burada kalsınlar. Ben onların sorularının cevaplarını vereceğim. (Alkışlar)

## Salondan

---

Parti temsilcilerimiz de ayrılmazsa, müsaadenizle onlara yönelik bir sorum olacak.

## Oturum Başkanı

---

Olabilir; hukuki planda eğer formüle edersiniz ben de cevap veririm, bana vekâlet verdiler. Kalan varsa kalsın, burada kalacak olanlara sorularınızı yöneltirsiniz.

## Av. Eralp Özgen

---

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Yaptığınız Başkanlık da hakikaten mükemmeldi, sağ olun, çok teşekkür ederim. Efendim, Sayın Prof. Dr. Erdoğan Teziç'e hem katkıları, hem de burada yaptığı Başkanlık görevini mükemmel şekilde sona erdirmesi nedeniyle teşekkürlerimizi sunuyoruz. (Alkışlar)

## Oturum Başkanı

---

Size yönelik soru yok, sanmıyorum.

Şöyle bir soru var; Avukat Hacı Ali Özhan kendisi burada mı? Soru sahibi. Peki, kapatmıyorum, sorunuzu sorarsınız.

Evet.

*“Fransa’da siyasi partilerin kapatılması gibi bir yaptırımları var mı? Varsa kapsamı nedir?”* Fransa’da devletin temel düzenine aykırı hareket eden, demokratik olmayan siyasi partilerin kapatılması imkân vardır, partileri de hükümet kapatır, Anayasa Mahkemesi ya da başka bir mahkeme değil ve hükümet kararıyla, Bakanlar Kurulu kararıyla bu şekilde kapatılmış partiler vardır. Demokratik ülkelerden biri; ama tabii, çok enderdir. Tek partili düzeni kendinden başka partiyi tanımak istemeyen, kuruluş tanımayan, teröre yönelik şiddet hareketleri kullanan kuruluşları Bakanlar Kurulu kapatıyor. 68 olaylarından sonra pek çok kuruluş partii niteliğindekiiler böyle kapatıldı.

*“Bir partinin kapatılmasıyla korunmak istenilen temel dengeler korunmuş oluyor mu?”* Bakın, korunur mu, korunmaz mı sorunun üzerinde partinin de demokratik düzenin verilerine uygun davranması esastır. Her ülkenin değiştirilemeyen, değiştirilemeyecek temel kuralları vardır. Bugün Amerika Birleşik Devletlerinde üniter devleti savunan parti ayakta bırakılmaz, kapatılır; hiç şakası yoktur. Bizde nasıl federasyonu önerecek bir parti hayat hakkı bulamazsa federal yapılı bir devlette de üniter yapılı parti kapatılır. Demokrasinin kendini koruma özellikleri vardır. Anayasaı beğenmeyebilirsiniz; ama o Anayasa yürürlükte olduğu sürece bir kapatma mekanizması öngörmüşse, bugün Türkiye’de Anayasa Mahkemesi gibi bir belli makamı da belirlemişse o Anayasa Mahkemesinin verdiği karar hukuksal gerçeği saptama kararıdır. Şunu söyleyeyim: Hukuksal gerçeği saptama hukuksal doğruluk anlamına gelmez. Kesin hüküm “kaziye-yi muhkeme” dediğimiz belli bir dönemdeki hukuk gerçeği ne ise onu belirler. O, o tarih için, o dönem için kesin hükümdür; ama bir mahkeme kararı 30-40 sene sonra koşulların değişmesiyle, içtihatların değişmesi olgusu karşısında tekrar başka bir biçimde içtihat da değişir, aynı olgulara, aynı verilere dayanılarak parti kapatılmayabilir de. Örneğin, bir zamanlar Diyanet İşlerinin Anayasada yer almasına karşı çıkan parti kapatılmıştır; ama bugün Anayasa Mahkemesi, bu konuda bir görüş ileri süren partilerin kapatılması gibi yaptırımı uygulamıyor.

1965'te 141, 142; daha doğrusu 141'e dayalı görüşler ileri süren Marksist partiler kapatılabiliyordu. Anayasa Mahkemesi 1980'de verdiği içtihatla bunu aştı ve "adı komünist parti olması; ama Marksist doktrine dayalı partiler de kurulabilir" dedi. Zaman her şeyi değiştiriyor. Mecellenin kuralı vardır "mani zail olunca memnu avdet eder" der. Anayasa Mahkeme-miz daha veciz bir ifade kullanıyor "koşullar değiştikçe kararlar da de-ği-şir" diyor. Sayın Anayasa üyeleri burada var mı bilmiyorum; ama onların adına da konuşuyorum. İnşallah sınırı da aşmamız olabilir.

Hacettepe Üniversitesinden bir arkadaşımızın "önemli olan Anayasanın değişmesi; ama bu Parlamento nasıl bir Parlamento olacak, neyin temsil-cisi olacak?" sorusu var. Tabii bu soru her ülke için sorulan sorudur. İle Parlamentoda bir Anayasanın yapılması meşruiyetin ölçüsü değildir. 1958 Fransız Anayasası, General De Gaulle'nin Başkanlığında 15 kişilik bir he-yet tarafından kaleme alındı ve bu Anayasa ondan sonra halk oylamasına sunuldu. Anayasanın halk oylamasıyla kabulüyle bir meşruiyet kılıfı ka-zanmış oluyor. Hatta Fransa'da şu söylendi: "Anayasa hiç demokratik ko-şullarda oylanmadı, plebisiter bir oylama oldu" denildi; çünkü General De Gaulle Anayasanın tanıtılmasını kendi inhisarında tuttu; tıpkı 1982'de ol-duğu gibi. Ama sonraki dönemde bir an önce anayasalı bir düzene kavuş-ma isteği de, Anayasanın halk oylaması tarafından benimsenmesine de yol açabiliyor. Dikkat ederseniz yüzde 92 kabul, Anayasanın ille benim-senmesi anlamında değildir. Bir an önce sivil yönetime geçme arzusudur. Biraz da bu yönüyle bakmak lazım. Onun için, halkın katılımıyla Anaya-sa yazılmaz. Dünyanın hiçbir yerinde halk yığınlarının katılımıyla Ana-yasa yapılmamıştır; yapılamaz da zaten. Teknik bir kaleme alma işidir; ama istekler ne, eğilimler ne? Kamuoyundan, sivil kuruluşlardan gelir, akar, akar. Toplumun bir tercihi vardır; o, 10 yıldır tartışıla tartışıla bu-gün Türkiye'de gün ışığına çıkmıştır. Bu toplantı da onun bir ürünüdür. Bakın, burada meslektaşlarımın, siyasi parti temsilcilerinin dile getirdiği görüşlerin hepsi hep tartışılıp, tartışılmış gelenlerdir. Onlar da bir içten-likle buraya sunmaya çalıştılar. Gerçekleşir veya gerçekleşmez ayrı bir konudur; ama sonunda bütün Anayasa metinleri gibi Türkiye'de herhalde kabul edilecek bir metin, Parlamentoda mutlaka halk oylamasına sunula-caktır, sunulması da gerekecektir.

Bana gelen sorulardan yanıtlayabileceğim bunlar. Siyasi parti temsilcilerine yöneltecek sorularınız varsa... Evet, onlar da hazır bekliyorlar; buyurun.

Aliefendioğlu'na bir soru var.

### **Doç. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu**

---

Efendim, bana gelen soru "*kurucu meclis nasıl kurulacaktır, nasıl işleyecektir ve Hakkı Suha beyin önerdiğiyle sizin önerdiğiniz arasındaki fark nedir?*" diye sorulmaktadır.

Benim önerim, biraz önce Erdoğan bey dedi; Anayasalar halk tarafından kaleme alınmaz, ama halkın iradesiyle oluşur ve mümkün olduğunca oluşmalıdır. Bu bakışla kurucu meclislerin iki bölümlü olması önerisini getirdim. Bu birinci meclis halk tarafından seçilen meclis olacaktır, ikinci meclis sivil toplum örgütlerinin yerel yönetimlerin, üniversitelerin temsilcilerinden oluşacaktır, onlar tarafından seçilecektir. Böylece bu kurucu meclise dinamik kazandırılması düşünülmektedir. Burada Parlamento faaliyeti, bu süre içinde normal Parlamento yasama faaliyeti, yine bu meclis tarafından görülebilecektir.

Hakkı Suha beyle görüşümün farklı yanı, eğer yanlış anlamadıysam, Hakkı Suha, bu korporatif nitelikli meclisin bir danışma meclisi olması fikrini ileri sürdü. Ben, ise bunu yasama faaliyeti içinde bir Meclis olarak düşündüm; sanıyorum farklılık burada.

Teşekkür ederim.

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın Avukat Davut Arıkan'ın bir sorusu var.

*Sayın Yüzbaşıoğlu "egemenliğin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması, uluslararası sözleşmelere aykırıdır" dedi.*

Öyle demedi; bu sözleşmelerin iç hukuk bünyemizde yer almasını sağlayacak bir istisna hükmü konulabilir “uluslararası antlaşmalara katılma bunun dışındadır” diyerek hem egemenlik yine ulusal devlet olarak egemenliğimize sahibiz; Fransa’da, Almanya’da olduğu gibi hem de uluslararası anlaşmalara üstünlük tanınmış yoluna da geçilebilir.

## Salondan

---

*“Avrupa Birliği süreci içinde Avrupa Anayasası kabul edildiği takdirde biz de bu süreç içinde bunu kabul etmek zorunluluğunda bulunduğumuz takdirde bizim Anayasamızın ve de ulusal egemenlik sorunlarımızın sınırları ne olacaktır? Üniter devlet sistemimiz bundan zarar görecektir midir? Azınlık hakları ne olacaktır? Bunların sınırları nedir? Bunlar önemli mevzulardır.”*

## Oturum Başkanı

---

Tabii, hemen şunu söyleyeyim: Ulus devlet kimliği, Avrupa Birliğinin yapısında erimiyor. 1992 Maastricht Anlaşmasıyla Fransa buna katıldı. Ama katılırken de Anayasasında bir değişiklik yaptı; ilk kez “cumhuriyetin dili Fransızca’dır” dedi. O güne değin resmi dil olduğuna ilişkin Anayasada bir ibare yoktu. Ulusal kimliğini vurgulayan bir ifadeyi de Anayasasına geçirdi. İster istemez bu tür uluslararası kuruluşlara katıldığınız zaman, egemenlik haklarınızda bir devir yapmış oluyorsunuz. Aslında bakan, Birinci Dünya Savaşından başlayarak milletlerarası hukukun gelişmesi, Milletler Cemiyeti, sonra Birleşmiş Milletler, sonra yöresel anlaşmalar, ittifaklar devletlerin mutlak egemenliğini ortadan kaldırmıştır. Bugün hiçbir devlet “ben mutlak egemenliğime sahibim, kimse benim işlerime karışamaz” görüşünü ileri süremez. Devletler zaten anlaşmalarla bağlıdır.

Sürülen, ortaya konulan birtakım istekler ister istemez hayli zaman almaktadır. Avrupa mevzuatına uyum sağlamak için iç mevzuatımızda çok bü-



yük değişikliklere gerek var. Tabii burada düşüncenin dışına çıkarak bunu söylüyorum. Bizim ille Avrupa'ya gireceğiz diye büyük gayret içine girmemiz gerekmez. Biz kendi insanımız için hak edilenleri kanun koyuculardan, Anayasa koyucularından aldığımız zaman zaten pek çok mesele de kendiliğinden çözülecek meselelerdir. Onun için "girsek Avrupa'da kimliğimiz kaybolur, azınlıklar sorunu ortaya çıkar" gibi söylemlerin de fazla bir geçerliliği olmayacaktır. Bugün Güneydoğuda bazı taleplerde bulunan grupların Avrupa'ya girmiş bir Türkiye'den ayrılmak isteği, ne kadar gerçekçi olacaktır? sormak lazım. Avrupa vatandaşı olarak mı dünyanın her tarafında dolaşma imkânına kavuşulur, yoksa Türkiye'den ayrılıp bağımsız bir devlet çatısı altında; ama dünyaya kapalı yaşayarak mı? Ekonomik seviye yükseldikçe bu sorunlar da kendiliğinden çözülür gider.

Bakın sayın dinleyenlerim, tartıştığımız siyasi rejimler var; Başkanlık, Parlamenter, Meclis hükümeti gibi. Bu hükümet biçimlerinin hepsi tarihin belli bir döneminde ortaya çıkmıştır, bunlar siyasi seçkinlerin yarattığı hükümet biçimleridir. O siyasi seçkinler de, Amerika'da önce Anavatana karşı ekonomik bağımsızlığını kazanmış 13 koloninin ileri gelenleri, evet, 1777'de bir konfederasyon çatısı altında, sonra da 1787'de bağımsız devlet olurlarken ekonomik güç ellerindeydi. Son derece varlıklı bir Amerika ortaya çıkmıştı; Anavatandan bağımsız, ekonomik açıdan ayakları üzerinde durabilecek bir yapı, o yapıda da başkanlık hükümeti sistemi. Başkanlık hükümeti sistemi de hiçbir yerde uygulanacak sistem değildir; çünkü Amerika'daki kolonilerin bağımsızlık savaşına girdiklerinde 3 organa da güvensizlik vardı. Yasama organına hiç güvenmiyorlardı; çünkü Anavatan İngiltere, kolonideki çoğunluğu kendi vatandaşları olanlara acımasız yasalar çıkardı, Çay Kanunu, Tuz Kanunu vesaire gibi vergi almaya başladı. Ondan sonra sömürge valileri bu acımasız kanunları uygulayan kimselerdi; yürütme organı. Kolonideki insanlar yürütme organına da güvenmediler. Yargıya da güvensizdiler; çünkü Anavatana isyan edenler için olağanüstü mahkemeler kurulmuştu. Amerikan başkanlık sistemi yasama, yürütme, yargıya güvensizlik üzerine kurulmuş bir rejimdir. Onun içindir ki -içinizde Washington'a gidenler vardır- Kongre binası; yani Parlamento binası Beyaz Saray, yürütme, Federal Yüksek Mahkeme aynı coğrafi düzlüktedir. Biri Çankaya'da, biri kiralık binada -Anayasa Mahkememiz yakın yıla kadar, 20 yıla kadar kiralık binadaydı- ondan

sonra aşağıda, biri yüksek rakımda; hayır. O semboliktir; her 3 organın birbirine eşit olduğu varsayımından yola çıkılarak sistem Amerika'ya özgü kurulmuştur. Ama altta bağlantıyı sağlayan, işbirliğini sağlayan başka özellik vardır.

Siyasi partileri bizimki gibi değil -seçim şirketi- disiplinsiz partilerdir. Güneyli bir demokratla kuzeyli bir sanayici aynı yönde oy kullanır. Amerika'da "vay sen bize karşı tavır aldın" diye partiden atılma olgusu yoktur; orada sistem öyle çalışabiliyor. Başkan ya kuzeyliye, ya güneyliye yaslanarak bir kararın, bir kanunun; daha doğrusu onların aracılığıyla önerilmesini sağlayabildiği gibi -kendisi öneremez- o şekilde Parlamentodaki çoğunluklar da oluşur. Ondandır yürütme organı komitelerde denetlenir; çünkü yürütme organı üyeleri Parlamente'ye giremezler, orada sorgulanamazlar, güvensizlik oyuyla görevden uzaklaştırılmazlar. O bakımdan Amerikan başkanlık sistemi çok kendine özgü bir sistemdir; o tarihi koşullardan doğmuştur.

İngiliz Parlamente'arizmi de zaman içinde gelişen varlıklı sınıf, avam kamarası "avam" sözüne tam uymuyor. Bir kent burjuvazisinin gelişmesiyle soylulardan ayrı toplanmaya başlanmıştır; lortlar kamarası, avam kamarası. Sonra partileşme olgusu kendiliğinden çıktıkça yetkiler avam kamarasına, giderek de partilerin elinde toplanmıştır. İngiltere'de kuvvetler ayrılığına dayanan Parlamente'ler sistemi yoktur, iktidar-muhalefet dengisine dayanan bir rejim vardır.

Daha somutlaştırmak için özet bir konuyu söyleyeceğim. Kamu hukukçularının, bizlerin kullandığı bir deyim vardır "eğer partilere dayalı bir yönetim, iktidar-muhalefet arasındaki ilişkiye dayalı yönetim kendiliğinden çalışıyorsa, kısaca Parlamente'ler sistemi iyi çalışıyorsa bir Anayasaya gerek yoktur" denir. İngiltere örneğinde; İngiltere'nin bugün yazılı bir Anayasası yok. Gelenekler var, teamüller var, birtakım konvansiyonlar var, zaman içinde oluşmuş ilkeler var; bunlara uyulur. Bazıları da uygulanıp uygulanıp kurallara geçirilir. Onun için, İngiliz Parlamente'su da belli bir dönemde ortaya çıkmış yönetim biçimidir. İngiltere kopyası kıta Avrupa'sına geldiğinde de aklileştirilmiştir. Aklileştirildikçe de akıl dışı sonuç vermiştir; sistemin böyle bir özelliği vardır "rasyonalist Parlamente'arizm" diyoruz, Parlamente'arist sistemi Türkiye'de olduğu gibi birtakım kurallara

bağlıyoruz; aynı sonuçları vermiyor. Bütün bu rejimlerin hepsinin temelinde, kaynağında belli bir ekonomik aşamada ortaya çıkış vardı. 18. yüzyılın sonu, 19. yüzyıl kemikleşmeleri.

Türkiye’de anayasacılığı taşıyan bir kesim yoktur. Anayasacılık bizim halk tabakalarından gelen ve onların isteklerinin siyasi iktidarda pay almaya doğru yönelen bir talebi yok. En zinde güç kimse hep kurallara bağlama, iktidarı sınırlama oradan geliyor. Tanzimat Fermanı 1839’a, yine Osmanlı genç aydınlarından, bugünkü söyleyişle bürokratlarından gelir. 1876 Anayasasının taşıyıcısı kimdir? Mithat Paşa ve çevresindeki aydın insanlardır. İkinci meşrutiyet biraz daha geniş; ama yaygın bir halk hareketi yoktur. Abdülhamid, 30 yıl saltanatını sürerken hep suçlandı “kızıl sultan” denildi “despot” denildi; ama onun öyle olmasını hazırlayan şartlar vardı. 1789’da Fransa’da olduğu gibi bir halk hareketi, direnme olsaydı acaba tahtında kalabilir miydi? 30 sene sonra 1908’de Anayasayı tekrar yürürlüğe koyduğu zaman şartlar öyleydi; çünkü Rumeli’de kalkışılmıştı. Ama Türk siyasi partileri, hiçbir zaman bir sermaye sınıfı ya da bir sınıf hareketi olarak gözüküyor. Gözükmeyince de anayasacılık hareketleri hep belli, zinde kesimlerden geliyor; sivil, bürokrat, aydın, asker kökenli bir hareket olarak karşımıza çıkıyor. 1961 Anayasası bütün özgürlüklüğünün gerisinde bir sivil, asker, bürokrat kesimin öncülüğündeki Anayasadır, 1982 Anayasası da öyle.

1971 değişikliklerinin talebi kimden geldi? Yine askerin saray darbesiyle, askeri müdahaleyle geldi. Onun için, bizim anayasacılığımızla Batıdaki anayasacılık arasında çok; ama çok büyük farklar var. 1961 Anayasasının başındaki romantik ifade boşuna değildir, bu Anayasanın uygulanmasının ya da geleceğinin adalete, fazilete âşık evlatların bekçiliğine bırakılması “yok” diyor sahibi, o satırları yazan hiç olmazsa bu Anayasa uygulandıkça birileri sahip çıkar. Geniş özgürlük ortamında örgütlenmeler olur, vesaire olur, sivil toplum kurulur. O sivil toplum, demin söylediğim gibi açık toplumu sağlam zemine oturtur. Türkiye, bugün de sivil toplum yapısına ulaşamadığı için her türlü uluslararası müdahaleye de, iç müdahalelere de açıktır; çünkü onları sorgulayacak, hesap soracak bir parti tabanı da yoktur. 1960’da bir parti operasyonu olmuştur, eksik siyasi hayatla 1961 Anayasası yürürlüğe girmiştir. Onun hesabı hep sorulmuştur “bu Anayasa-yla ülke yönetilmez” derken onun gerisinde dışta bırakılmanın birtakım hesaplaşma dürtüleri vardı. 1982 Anayasası yürürlüğe girdiği zaman ortada

parti yoktu. Bu partilerin tabanları nedir? Bugün de soruyoruz değil mi? Biri ötekinden ne kadar ayrı? Bunu tespit etmek çok zor. O bakımdan, liderler de bu ortamda daha büyük güç sahibi olabiliyorlar ve o daha da bir süre devam edecek.

Bakın, Türkiye'de çok büyük bir sıkıntı daha var. Seçim çok pahalılaştı; seçimin pahalılaştığı ortamda kirlik olaylar da birbiri ardına gelişir. Toplum, adalet mekanizmaları belki bir kısmını henüz sorgulayabiliyor. Büyük bir kısmı da belki çok uzun bir süre sorgulanamayacaklar. Bu tablo böyle; ama ben bir anayasacı olarak bundan kötümserlik çıkarmıyorum. Türkiye kendi layık olduğu çizgiyi bulacak; çünkü dinamik bir kamuoyu da oluşmaya başladı. Bu toplantı onlardan bir başka örnektir.

Buyurun efendim.

## Av. İsmet Güneş

Van Barosu Başkanı

Biz Türkiye Barolar Birliği çatısı altında çok güzel bir Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı düzenledik ve kapanış tümcelerimizle noktalandık. Ancak, bu 5 gün içinde hep şu kaniya vardım: Biz burada çok güzel bildiriler sunabiliriz, uluslararası tebliğler sunabiliriz ki sunuldu da.

Bu sorumu Sayın Batum'a da sormuş, ancak cevap alamamıştım. Şunu öneriyorum ve o konuda siyasal parti temsilcilerinin de görüşlerini almak istiyorum: Türk Silahlı Kuvvetlerinin İç Hizmet Yönetmeliğinde yer alan "cumhuriyetin korunması ve kollanması" görevi bir yasa değişikliğiyle Türkiye Büyük Millet Meclisine verildi. Acaba, Anamuhalefet Partimizin, iktidar ortağı ve de demokrasiyi önemseyen bir iktidar ortağı partimizin bu konuda bir hazırlığı var mı?

Bunları neden sorduğumu da bir saptamayla belirteceğim, aksi halde buradaki tartışmaların hiçbiri değeri kalmayacaktır; zira çağdaş demokrasi-lerde olduğu gibi ordunun siyasal otoritenin mutlak surette kontrolüne alınması gereği vardır. Buna nedense kimse değinmiyor veya değinmek istemiyor.

İkinci önerim şudur ve bu konuda da sayın temsilcilerin görüşlerini istihham edeceğim: Son enerji operasyonunda da görüldü ve ondan önce de bir dönem Başbakanımızı -o Başbakanı sevmeyebiliriz, oy vermemiş olabiliriz; o siyasal düşünceye tamamen uzak bir düşüncede de olabiliriz- general rütbeli bir subay bir aşığladı. Dolayısıyla, siyasal otoriteyi, halkı aşığladı. Bu general rütbeli subay tümgeneral olarak terfi ettirildi. Bunların da önüne geçmek için son enerji yolsuzluğunda da siyasal otorite kanımca aşığlanmıştır. Bunun önüne geçmek için, birinci teklifimin yanında ve onunla birlikte şimdi soracağım soruya yönelik bir hazırlıkları var mı acaba? Jandarma Genel Komutanının, emniyet genel müdürü atanmasında olduğu gibi üçlü kararnameyle atanmasını öngören -zira idarenin bir parçasıdır; jandarma iç güvenlik birimidir- Jandarma Genel Komutanının askeri şûralar kanalıyla -gerçi Cumhurbaşkanının onayı var; ama o onay hiçbir zaman, bugüne değin aksine kullanılmadı- Jandarma Genel Komutanının üçlü kararnameyle (İçişleri Bakanı, Başbakan ve Cumhurbaşkanı) onayıyla atanmasını öngören bir düzenlemeleri, çalışmaları var mı? Çünkü ben; bir hukukçu olmaktan da öte, sıradan bir yurttaş olarak Türkiye’de ordu, siyasal otoritenin mutlak denetimine alınmadıkça ve halkın temsilcisi olan Parlamento yüceleştirilmedikçe demokrasinin geleceğine inanmadığım gibi, bu Kurultayın da faydalı olacağına inanmıyorum.

Sorularımın yanıtını bekliyorum, size de teşekkür ediyorum.

## Oturum Başkanı

---

Buyurun efendim.

## Bahri Zengin

---

FP Genel Başkan Yardımcısı

Sayın katılımcıya teşekkür ediyorum. Gerçekten önemli bir noktaya temas ettiler. Ben aslında konuşmamda bir noktaya değinmiştim. O da şuy-

---

du: Türkiye’de Parlatentonun seçilmişlerin, hükümet dahil, yetkileri sınırlandırılmıştır ve büyük yetkiler, ne yazık ki bürokratik güçlere verilmiştir; bu demokrasiye aykırıdır, demokratik anlayışa aykırıdır “Bu oligarşik yapı değişmeden bu Anayasadaki diğer değişikliklerin fazla bir anlamı yoktur” diye ifade etmiş idim. Aslında hep Yüksek Askeri Şûranın kararlarının yargı denetimine açılmasından söz edilir; halbuki bu yanlışır. Doğru olan nedir? Yüksek Askeri Şûra; yani Türkiye’de Türk Silahlı Kuvvetlerinin üzerinde atama, görevlendirme, görevden alma, azletme ve cezalandırma yetkilerine sahip olan tek otorite Yüksek Askeri Şûradır ve Yüksek Askeri Şûra, hepimizin bildiği gibi 20-25 tane orgeneral ve oramiralinden oluşmaktadır. Sembolik olarak da Başbakan ve Milli Savunma Bakanı Yüksek Askeri Şûranın üyesidir. Kanuna göre de kararlar çoğunlukla alınır. Bunun anlamı Genel Kurmay Başkanının dediği olur.

Yüksek Askeri Şûra mutlaka bir teknik kurul haline dönüştürülmelidir. Bütün askeri atamalarda da son sözü hükümet söylemelidir, onay makamı hükümet olmalıdır. Bu yapı 1961’de sağlanmışır. Dolayısıyla, burada bir oligarşik yapı vardır. Seçilmişler, açıkça söylüyorum, hükümetlerin -siz de biliyorsunuz- bir onbaşıyı görevden alma yetkileri yoktur, terfi ettirme yetkisi de yoktur, hatta mahkemeye verme yetkisi yoktur. Hükümetin, böyle bir yapı orada demokrasi kavramını; yani Anayasanın 2. maddesinde yer alan halk iradesi ve demokrasi kavramını sorgulamalıyız. Bir arkadaşımız gayet haklı olarak ifade ettiler, “sadece bu kavram değil, Amerikan Anayasasında demokrasi kavramının ifadesine bile rastlamıyorsunuz” dediler; ama bu kavramları hayata geçirecek mekanizmaların kurulması lazım. Siz anayasanın 100 yerinde demokrasiden bahsedin “demokratik devlet” deyin böyle bir yapı getiriyorsanız orada demokrasi yoktur.

Sorularınıza geliyorum; dediğim gibi bizim hazırlığını yaptığımız -fakat kamuoyuna sunulan değil- o uzlaşma tasarısı; henüz bunu açıklamadık. Başından beri sonuna kadar yepyeni bir anayasadır. Bakın, orada sizin dediğiniz maddeyle ilgili bir husus var; anayasal düzeni koruma hakkı. İsterseniz okuyayım “milli egemenliği yok etmeye yönelik işgal ve darbelerle karşı anayasal düzeni korumak ve kollamak her vatandaşın vatandaşlık hakkı ve görevidir” bu doğaldır. Doğal; ama siz bunu anayasaya yazmadığınız zaman birileri “Anayasayı ve anayasal düzeni koruma hak-

ki bana aittir” diyebiliyor ve bunu kanunla düzenleyebiliyor. Onun için bu en önemli vatandaşlık hakkıdır. Dolayısıyla, bu konuda hazırlığımız vardır; anamuhalefet partisi olarak onu ifade etmek istiyorum.

Sormuş olduğunuz ikinci husus, bizim Kuvvetler Ayrılığı İlkesi. Burada belki uzun uzun üzerinde durmak lazım; ama burada hukukçuların çoğunlukta olması nedeniyle üzüntüyle ve esfle görüyorum ki Kuvvetler Ayrılığı İlkesini güya savunurken, yargıç diktatörlüğüne giden bir anlayışı ve bir sistemi önermek istiyorlar. Halbuki siyasal alan ve yargısal alan ayrıdır. Siyasal alanda siyasal birtakım mekanizmalar işler, yargısal alanda da yargısal mekanizmalar işler. Ona değineceğim; ama sizin dediğiniz, tabii bizim önerdiğimiz sistemde “Kuvvetle Ayrılığı” diyoruz. İsterseniz siz buna “Başkanlık Sistemi”deyin; ama asıl itibariyle kuvvetler ayrıdır, yani yürütmenin, yasamanın ve diğer organların ayrılmasıdır. Öyle olunca da Silahlı Kuvvetler de diğer birimler gibi yürütmenin alt birimini oluşturur. Dolayısıyla, doğrudan doğruya seçilen başkanın emrindedirler ve başkanın tayin, terfi gibi yetkisi burada geçerlidir. Burada onunla ilgili düzenlemeler de var.

Tabiatıyla yargı meselesine gelince, başka bir zaman onun üzerinde uzun uzun görüşmek mümkün zannediyorum. Türk anayasalarında bir boşluk var; o da denetleme boşluğudur. Mutlaka yetkisini haktan alan ayrı bir meclisin, sadece görevi denetleme olan bir organın mutlaka oluşturulması lazım. Bu organ, bir arkadaşımızın da ifade ettiği gibi aynı zamanda belki hâkemlik yapacak, diğer organlar arasındaki uzlaşmazlıkları, uyuşmazlıkları da giderebilecek bir organ olmalıdır. Halihazırda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde denetim ve yasama görevi, aynı meclis tarafından yapılmaktadır; fakat yasama organı, gelişmelere uygun olarak sistemin, statünün veya yasaların, kanunların değiştirilmesiyle meşguldür. Denetleme meselesi de mevcuda uygun olarak yürütmenin yapılıp yapılmamasıyla ilgilidir. İşlevleri, alanları birbirlerinden tamamen farklıdır. O bakımdan, denetlemenin mutlaka ayrılması lazım ve üst düzey tüm görevlilerin, halk adına görevlerini yerine getirip getirmediğini denetleyen böyle bir otoriteye ihtiyaç vardır ve halk adına onları görevden alma yetkisinin de bunlara verilmesi lazım. Bakın, Amerika'da bu görevi Senato yapıyor. Başkan atıyor; ama Senato yargıçları bile görevden alabiliyor. Türkiye'de

öyle bir anlayış geliştiriliyor ki bütün yetkiler, halihazırda bile, yürütmenin yetkisi fazla değil. Yürütmede, biz de zaman zaman iktidarda bulunduk. Bugün yürütme -demin söylendi- bir onbaşıyı, suç işlese bile mahkemeye veremiyorsa o yürütme yetkili yürütme değildir.

### **Oturum Başkanı**

---

Bahri bey bunların hiçbirisi doğru değil; lütfen.

### **Bahri Zengin**

---

Hayır efendim, doğru. Müsaade edin Sayın Başkan siz demin...

### **Oturum Başkanı**

---

Ben bırakmak zorundayım. Sizin sorduğunuz sorunun da -affedersiniz- bir anlamı yok. Ondan sonra hukuk yoktur... Siz belli bazda konuşmak zorundasınız.

### **Bahri Zengin**

---

Sayın Başkan, müsaade edin.

### **Oturum Başkanı**

---

Yok ben Başkanlıktan vazgeçtim. Başka sorular varsa onlara cevap isterim.

### **Bahri Zengin**

---

Anayasa hocası olarak bu kadar tolerans göstermezseniz, konuşmalarımızı yarıda keserseniz o zaman biz kendi kendimizi ifade edemeyiz. Zatı ali-



niz demin Fransa'dan bir örnek verdiniz; ama açıklamadınız. Burada bulunan arkadaşlarımız başka şekilde; yani...

### **Oturum Başkanı**

---

Sayın dinleyenler, toplantı bitti. Ben burada sorularınız varsa onlara cevap verecektim; ama siyasilere sorularınız varsa...

### **Bahri Zengin**

---

Peki, sorularınızı cevaplamış oldum. Teşekkür ediyorum.  
Buyurun Eralp bey. (Alkışlar)

### **Avukat Eralp Özgen**

---

**Türkiye Barolar Birliği Başkanı**

Sayın izleyiciler 5 günlük Anayasa Kurultayı Seminerimizin sonuna geldik. Sanıyorum oldukça tatmin edici bir çalışma yaptık. Ben gerek yurtdışından, gerek yurtdışından katılıp burada bizleri aydınlatan tüm katılımcılara teşekkür yanında, özellikle bu salonu 5 gün dolduran siz dinleyicilerimize teşekkür etmek istiyorum, sağ olun, var olun. (Alkışlar)

**KAPANIŞ**

---0---

**TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ**

**ULUSLARARASI  
ANAYASA HUKUKU KURULTAYINDA  
YABANCI KONUKLARIN  
YAPMIŞ OLDUKLARI KONUŞMALARIN  
ORJİNAL METİNLERİ**

**Prof. Dr. Paulo Affonso Leme MAHADO** (État Paulista Üniversitesi - UNESP  
Brezilya)

**Prof. Dr. Klaus STERN** (Institut Für Rundfunkrecht An Der Universtöt Zu Köln)

**Prof. Dr. Jean MARCOU** (Grenoble Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Kahire  
Üniversitesi)

**Prof. Dr. Silvio MARCUS - HELMONS** (Louvain Katolik Üniversitesi İnsan  
Hakları Merkezi Müdürü-Belçika)

**Prof. Dr. Jean ROSSETTO** (François Rabelais Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dekani Tours-Fransa)

**Prof. Dr. Michel Louis MARTIN** (Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitü  
Müdürü)

**Prof. Dr. Alain BOCKEL** (Galatasaray Üniversitesi - Orleans Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi)

**Prof. Massimo VILLONE** (İtalya Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu  
Başkanı)

**Prof. Dr. Elisenda MALARET** (Barselona Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof. Dr. Jean DUFFAR** (Paris Val De Marne Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**Prof. Dr. Slobodan MILACIC** (Balkan Araştırmaları Enstitüsü Müdürü,  
Montesquieu Bordeaux-IV)

**Prof. Dr. Michael SACHS** (Heinrich Heine Üniversitesi-Düsseldorf)

**Prof. Dr. Henry ROUSSILLON** (Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dekanı-Fransa)

**AU COURS DES TROIS DERNIÈRES DÉCENNIES,  
DE GRANDS CHANGEMENTS SONT INTERVENUS  
DANS LES CONSTITUTIONS  
POLITIQUES DE PLUSIEURS PAYS DE L'AMÉRIQUE DU SUD.**

**Prof. Dr. Paulo Affonso Leme MACHADO**

(État Paulista Üniversitesi - UNESP Brezilya)

286.751.000 personnes habitent ce continent (1). Les quatre pays, dans lesquels nous allons examiner les changements constitutionnels ont une population de 214.295.000. Le Brésil a fait sa Constitution en 1988, la Colombie en 1991, le Paraguay en 1992 et la Constitution de l'Argentine de 1853 a subi une importante réforme en 1994.

Dans l'immense variété des sujets abordés par les textes constitutionnels, j'ai sélectionné neuf aspects pour les traiter: le droit à la vie et le droit à une saine qualité de vie; du droit à l'éducation comme un droit individuel au droit à l'éducation sociale; le droit à l'information – clef de la citoyenneté; la liberté de moyens de communication – élément essentiel pour l'information; le droit de propriété, la fonction sociale de la propriété et la fonction environnementale de la propriété; le droit d'accès à la justice; le ministère public indépendant et voué aux intérêts diffus et collectifs; la justice et la constitution; les relations internationales.

**1. LE DROIT À LA VIE ET LE DROIT À UNE Saine QUALITÉ DE VIE.**

L'inviolabilité du droit à la vie a été introduite dans la Constitution Brésilienne de 1946, dans l'article 141 et reste dans la Constitution de 1998, en vigueur, dans l'article 5<sup>o</sup> caput. La Constitution de la Colombie prévoit la même règle dans son article 11.

La Constitution du Paraguay dit «Le droit à la vie est intimement lié à la personne humaine. Le droit à la vie est protégé depuis sa conception» (article 4).

---

(1) Dictionnaire Universel de Poche. Hachette. 1993.

L'introduction de ce principe fondamental n'a pas empêché les gouvernements autocratiques d'agresser le droit constitutionnel à la vie. Toute fois, l'existence même du principe a constitué un objectif à conquérir pour les mouvements de retour à la démocratie.

Les mouvements qui ont poussé à l'instauration de nouvelles Constitutions ne se sont pas arrêtés au seul objectif de la défense du droit à la vie. Ils ont prôné la déclaration d'un droit à la qualité de vie saine.

C'est un nouveau droit, lié au bon usage de l'environnement, c'est à dire, la promotion de la santé à travers l'eau pure, l'air de bonne qualité, la terre non empoisonnée par des pesticides, la faune et la flore protégées.

La Constitution du Brésil dit que « Chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré, bien à l'usage commun du peuple et essentiel à une saine qualité de vie » (article 225 «caput»). «Tous les personnes ont droit de jouir d'un environnement sain» prévoit la Constitution de Colombie (article 79). La réforme constitutionnelle en Argentine, est allée dans le même sens : «tous les habitants ont le droit à un environnement sain, équilibré, apte au développement humain...» (art. 41).

Chili (1980) et Équateur (1983) ont amendé leurs Constitutions pour introduire la notion d'un droit de vivre dans un environnement libre de contamination.

Les nouvelles tendances de protection constitutionnelle de la santé de la population vont conduire l'Argentine (article 41) et à la Colombie (article 81) à interdire l'introduction dans leurs territoires nationaux de déchets dangereux et de déchets radioactifs.

## **2. DU DROIT À L'ÉDUCATION COMME UN DROIT INDIVIDUEL AU DROIT À L'ÉDUCATION SOCIALE**

«L'éducation est un droit de tous et un devoir de l'État et de la famille ; elle est promue et encouragée en liaison avec la société, en recherchant le plein développement de la personne, sa préparation à l'exercice de la souveraineté et sa qualification pour le travail» (article 205 de la Constitution du Brésil).

«L'éducation a la finalité de former le colombien dans le respect aux droits humains, à la paix et à la démocratie, à la pratique du travail et à celle du loisir, pour l'amélioration culturelle, scientifique, technologique et pour la protection de l'environnement» (art. 67 de la Constitution de la Colombie). Dans le même sens l'article 73 de la Constitution du Paraguay.

La Constitution brésilienne a une prévision budgétaire, qui a été introduite, quelques années auparavant, par le biais d'amendement aux anciennes constitutions et qui a bien réussi : la fixation préalable d'un pourcentage du budget destiné à l'éducation. «L'Union affecte chaque année au moins 18% de la recette des impôts aux dépenses relatives à l'enseignement; les États, le District Fédéral et les Communes y consacrent au moins 25% de ces recettes, y compris celles provenant des transferts de l'Union» (article 212).

Les Constitutions sud-américaines vont se préoccuper par le biais de l'éducation au domaine de droits diffus: la Constitution du Brésil (article 225, § 1°, VI) et de l'Argentine (Réforme de 1994, article 41) obligent le Pouvoir Public à promouvoir l'éducation écologique et la Constitution du Paraguay indique comme un des fondements de la réforme agraire, l'éducation de l'agriculteur et de sa famille, pour leur donner la capacité d'être agents du développement national.

### 3. LE DROIT D'INFORMATION – CLEF DE LA CITOYENNETÉ

Le refus d'information ferme la porte à la participation des citoyens à la vie politique des pays. Heureusement, les Constitutions sud-américaines modernes ont compris l'importance d'assurer l'information du public.

«Chacun a le droit de recevoir des organismes publics les informations le concernant ou des informations d'intérêt collectif ou général; ces informations sont transmises dans les délais fixés par la loi (2), sous peine de responsabilité, à l'exception de celles dont le secret est indispensable à la sûreté de la société et de l'État» (article 5°, XXXIII de la Constitution du Brésil).

La Constitution du Paraguay prévoit qu'«est reconnu le droit des personnes à recevoir une information véritable, responsable et équitable. Les sources publiques de l'information sont accessibles à tous» (article 28).

A côté du droit à l'information, il y a aussi le devoir d'informer avant une quelconque demande de la part des citoyens. C'est pourquoi la Constitution Brésilienne a prévu l'obligation de publier des actes de l'Administration directes ou indirectes (art. 37) et a ordonné la publicité de l'étude préalable d'impact environnementale (art. 225, §1°, IV), en évitant le secret de l'évaluation des dommages sur la pollution ou sur les agressions à la nature.

(2) La loi 9.051 du 18 mai 1995 a prévu le délai de 15 jours, sans pouvoir être ajourné.

#### 4. LA LIBERTÉ DE MOYENS DE COMMUNICATION – ÉLÉMENT ESSENTIEL POUR L'INFORMATION

La Constitution de l'Argentine dit que tous les habitants de la Nation ont le droit, conformément aux lois, de «publier leurs idées, par la presse, sans censure préalable» (art. 14). La norme constitutionnelle n'autorise pas le Congrès Fédéral à octroyer des lois qui empêcheraient la liberté de presse (art. 32).

En Colombie, la liberté et l'indépendance du journalisme est garantie (art.73) et l'État doit intervenir, à travers la loi, pour éviter le monopole dans l'usage de moyens de communication électro-magnétique (art. 75). L'action publique sera assurée par un organisme de droit public, ayant l'autonomie administrative, technique et patrimonial (art. 76).

Au Paraguay, en garantissant la liberté de l'activité de journaliste, la Constitution affirme qu'il n'est pas obligé d'agir contre sa conscience, ni de révéler ses sources d'information. La direction du journal pourra éviter d'engager sa responsabilité, en écrivant son désaccord.(art. 29).

Au Brésil, la Constitution stipule: aucune loi ne peut contenir de disposition pouvant faire obstacle à la pleine liberté de l'information journalistique par quelque moyen de communication sociale que ce soit (art. 220 § 3°).

Il faut rappeler que les mouvements pour la liberté de presse, au Brésil, sont anciens. Dans l'Empire et dans la République, la nation a connu des phases sombres d'activités gouvernementales de censure à la presse. Dans la période de 1964 à 1985, il était facile de constater les parties censurées dans un journal, parce que dans cette partie les journalistes faisaient publier des recettes de gâteaux.

La Constitution brésilienne interdit à l'Union, aux États, au District Fédéral et aux Communes d'instituer des impôts sur les livres, journaux, périodiques et le papier destinés à leur impression (art. 150, VI «d»)

Il s'appartient à la loi fédérale : I- de réglementer les divertissements et les spectacles publics; II – d'établir les moyens légaux qui garantissent à la personne et à la famille la possibilité de se défendre des émissions radiophoniques et télévisées en contradiction avec les dispositions de l'article 221.

La publicité commerciale du tabac, des boissons alcooliques, des pesticides, de médicaments et des thérapies est soumise à des restrictions légales dans les termes du paragraphe 3°.

Les concessions, permissions et autorisations concernant les services de radiodiffusion et de télévision seront octroyés et renouvelés par le Pouvoir Exécutif (article 223). Le Congrès National porte une appréciation sur ces actes (le non renouvellement de la concession ou permission est soumis à l'approbation par un vote par appel nominal).

## 5. LE DROIT DE PROPRIÉTÉ, LA FONCTION SOCIALE DE LA PROPRIÉTÉ ET LA FONCTION ENVIRONNEMENTALE DE VA PROPRIÉTÉ

Les trois nouvelles Constitutions du Brésil (art. 5°, XXII et XXIII), Colombie (art.58) et Paraguay (art.109) assurent la propriété privée, mais à la condition que la propriété accomplisse sa fonction sociale.

La propriété urbaine remplit sa fonction sociale lorsqu'elle répond aux exigences fondamentales d'aménagement de la ville, telles qu'exprimées dans le plan directeur. (article 182, § 2°). «La fonction sociale est remplie lorsque la propriété rurale remplit simultanément, selon les critères et degrés établis par la loi, les conditions suivantes: la mise en valeur rationnelle et adéquate, l'utilisation adéquate des ressources naturelles disponibles et la préservation de l'environnement, le respect des dispositions qui réglementent les relations du travail; l'exploitation favorisant le bien-être des propriétaires et des travailleurs. (Constitution du Brésil, art. 182 et 186).

Au Brésil, l'idée que la propriété ne pourra être exercée contre l'intérêt social ou collectif date de la Constitution de 1934. Elle était utilisée par la Cour Suprême Fédérale pour empêcher l'existence des plages privées (3).

La Constitution de Colombie non seulement affirme que « la propriété est une fonction sociale impliquant des obligations. Une des obligations, est la fonction écologique de la propriété.» (article 58)

## 6. LE DROIT D'ACCÈS A LA JUSTICE

Les Constitutions analysées ont beaucoup modifié le droit d'accès en justice.

La loi règle les actions populaires pour la protection des droits et intérêts collectifs concernant le patrimoine, l'espace, la sécurité et la salubrité

(3) Recours Extraordinaire n° 94.253 -Praia Vila Formosa Ltda versus Prefeitura Municipal de Ubatuba. Rapp. Ministre Oscar Correa. Jugement: 12.11.1982.

publics, la morale administrative, l'environnement, la libre concurrence économique et d'autres points de nature semblable, selon l'article 88 de la Constitution de Colombie.

Le Paraguay a octroyé le droit a une action d' « amparo » pour éviter le dommage aux droits consacrés dans la Constitution. Cette action sera brève et gratuite (article 135).

L'Argentine a prévu que toute personne pourra utiliser l'action d' « amparo » contre les actes ou omissions des autorités publiques ou des particuliers, qui sont en train de menacer, de par leur forme illégale ou arbitraire, les droits et les garanties reconnus par la Constitution. Le juge peut aussi déclarer l'inconstitutionnalité de la norme qui donne appui à l'acte administratif.

Pourront aussi utiliser de l'action d' « amparo » pour défendre les droits de protection de l'environnement, de la concurrence, des usagers et des consommateurs, et aussi de droits d'influence collective, l'affligé, le défenseur du peuple et les associations, enregistrées conformément à la loi. (art. 43 de la Constitution).

Au Brésil, tout citoyen peut intenter une action populaire aux fins d'annulation d'un acte lésant le patrimoine public, celui d'entité à laquelle l'État participe, la morale administrative, l'environnement ou le patrimoine historique ou culturel. L'auteur de l'action est, sauf mauvaise foi avérée, dispensé des frais judiciaires et dépens du procès. (article 5°, LXXIII de la Constitution).

Sont fonctions institutionnelles du Ministère Public: «ordonner l'enquête civile et Opromouvoir l' action civile publique pour la protection du patrimoine public et social, de l'environnement et d'autres intérêts diffus et collectifs» (article 129, III de la Constitution).

Il faut remarquer que l'ouverture des Tribunaux aux associations et au Ministère Public pour défendre les intérêts diffus et collectifs constitue un énorme changement dans la procédure au cours du XX ème siècle.

## **7. LE MINISTÈRE PUBLIC INDÉPENDANT ET VOUE AUX INTÉRÊTS DIFFUS ET COLLECTIFS.**

Les nouvelles Constitutions sud-américaines ont créé un nouveau Ministère Public. Cette institution prend sa liberté du Pouvoir Exécutif et laisse son ancienne position de «procureur du Roi».

En Colombie, le Ministère Public a les fonctions de «garde et de promotion des droits humains, de protection de l'intérêt public et de surveillance «du



comportement officiel des personnes qui assurent des fonctions publiques, selon l'article 118.

En Argentine, le Ministère Public est un organisme indépendant, avec autonomie fonctionnelle et financière, qui a pour fonction de promouvoir l'action de la justice dans la défense de la légalité, des intérêts généraux de la société. Ses membres ont des immunités fonctionnelles et l'intangibilité des traitements (article 120).

Le Paraguay et Brésil ont séparé la fonction de défense de l'État et la fonction de défense de la légalité.

Au Paraguay, la Constitution a créé la «Procuradoria General de la Republica» et le Ministère Public. La «Procuradoria General de la Republica» a les fonctions de représenter et défendre les intérêts du patrimoine de la République et donner des avis juridiques à l'Administration Publique (art. 246). Le Ministère Public, parmi ses devoirs, a la fonction de veiller au respect des droits et des garanties constitutionnelles (art. 268).

Au Brésil, le Ministère Public est une institution permanente, essentielle à la fonction juridictionnelle de l'État ; il lui appartient de défendre l'ordre juridique, le régime démocratique et les intérêts sociaux et individuels intangibles. Ses membres ont les garanties suivantes : les fonctions sont à vie ( jusqu'à soixante-dix ans); l'inamovibilité, sauf pour des raisons d'intérêt public et sur décision de l'organe collégial compétent du Ministère Public, prise par le vote des deux tiers de ses membres et l'irréductibilité des traitements (art. 127 et 128).

## 8. LA JUSTICE ET LA CONSTITUTION

L'organisation des tribunaux compétents pour juger les questions constitutionnelles sont différents selon les pays examinés.

En Colombie il y a une Cour Constitutionnelle et une Cour Suprême de Justice (article 239 et article 234).

En Argentine, au Brésil et au Paraguay la Cour Suprême a aussi la compétence sur questions constitutionnelles.

Le choix de noms pour la Cour Constitutionnelle, en Colombie, est fait par le Sénat, pour un mandat de huit ans, sans la possibilité de réélection. Les juges sont indiqués, par le biais de liste triple, par le Président de la République, par la Cour Suprême de Justice et par le Conseil d'État. (art. 239). C'est intéressant de souligner que ne peuvent pas être nommés juges de la Cour Constitutionnelle les personnes, qui l'année précédente ont

exercé les fonctions de Ministres du Pouvoir Exécutif, de Magistrats de la Cour Suprême de Justice ou du Conseil d'État. (article 240).

Dans le Paraguay, les noms pour la Cour Suprême de Justice sont désignés par le Sénat, en accord avec le Pouvoir Exécutif. C'est le Conseil de la Magistrature qu'indique les noms de juges, Ils pourront conserver ce poste jusqu'à soixante-quinze ans (art. 261 et 264). Dans la Cour Suprême de Justice il ya une chambre spécialisée pour les matières liées à la Constitution.

Au Brésil et en Argentine ce sont les Présidents de la République qui désignent, avec l'accord préalable du Sénat, les juges de la Cour Suprême, compétents aussi dans les questions constitutionnelles. Au Brésil il faut la majorité qualifiée de votes du Sénat (article 101) et en Argentine, il faut le vote de deux tiers des membres présents du Sénat (article 99. 4).

Deux Constitutions – Colombie (article 241) et Brésil (art. 102) – proclament avec solennité que la Cour Suprême est gardienne de la Constitution. À mon avis, le système qui permet la nomination discrétionnaire des juges de la Cour directement par le Chef du Pouvoir Exécutif, même avec l'accord du Sénat, ne mérite pas des éloges. Il faut agrandir le nombre des institutions qui participent à la nomination des juges, pour leur donner des vraies conditions d'indépendance et d'impartialité.

## 9. LES RELATIONS INTERNATIONALES

L'Argentine a introduit plusieurs Conventions Internationales dans sa Constitution (article 75. 22). La réforme de 1994 a instauré la « hiérarchie constitutionnelle», entre outre, à la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme, la Déclaration Universelle des Droits Humains, le Pacte International de Droits Économiques, Sociales et Culturels, Le Pacte International de Droits Civils et Politiques et son Protocole Facultatif .

Les Constitutions du Brésil (article 4°) et du Paraguay (article 143) ont dit expressément que ces pays se conforment dans les relations internationales aux principes de l'indépendance nationale, l'auto-détermination des peuples, la non-intervention, l'égalité entre les États et la protection et la primauté des droits humains.

Le Brésil (article 4°) et la Colombie (article 227) ont affirmé clairement, dans leurs Constitutions, leur volonté de promouvoir l'intégration économique, politique, sociale et culturelle des peuples d'Amérique latine en vue de la formation d'une collectivité latino-américaine des nations.

CONSTITUTIONALISM MOVEMENTS AND NEW  
CONSTITUTIONS**Prof. Dr. Klaus STERN**

(Institut Für Rundfunkrecht An Der Universtöt Zu Köln)

Nation states as we know them today, having evolved since the end of the sixteenth century from various religious wars and revolutions, began wondering about the development of a rational body politic and especially about the introduction of fundamental principles and rules on which to base the exercise of state authority. They mulled over the Aristotelian notion of “politea” and the Roman “constitutio”. The term adopted was “constitution”, meaning a system of basic national laws, a written constitution legitimised by a constitutional authority.

Such modern normative constitutions are quite different from all previous constitutional relationships as established in treaties, legal guarantees and covenants on the delimitation of powers. Early models were adopted in England under *Oliver Cromwell*, then came the modern system in the New England states of what was to become the United States of America, Pennsylvania (1776), Massachusetts (1780) and New Hampshire (1783), culminating in the Union Constitution of 1787, with the very significant addition of fundamental rights in 1789.

This development continued in Europe with adoption of constitutions in Poland in May 1791, France in September 1791, the Helvetian Republic and the Netherlands in 1798. These were followed in the 19<sup>th</sup> century by those of Spain, Sweden, Norway, various German states, Portugal, Belgium, Sardinia, Austria-Hungary, the German Empire, Turkey, Japan and others. In the course of the 20<sup>th</sup> century national constitutions were established all over the world.

Today, only a few members of the United Nations do not have a written constitution, and they include such important countries as Great Britain, Israel and Saudi Arabia. So the constitutional idea really is universal. It became global long before industry did. The German philosopher *Immanuel Kant* said it had become an “irresistible idea”.

There several questions I wish to examine on this connection:

- I. On what historical, political and legal foundations is the constitutional movement based?
- II. What principles must a constitution uphold to be considered ideal?
- II. What functions must a modern constitution perform to make the country concerned a constitutional state?

I shall than sum up my comments in section IV.

## I

Constitutional movements also took place in the ancient world, but the motives were always philosophical or theocratic and only acquired real substance among the Hebrews, Greeks and Romans for brief spells at the height of their republican periods. The study of modern constitutionalism, which is what we are mostly concerned with here today, begins with the puritanical revolution in England. That epoch is marked by such significant historical documents as the Agreement of the People (1639), the Instrument of Government (1653), the Habeus Corpus Act (1679), the Bill of Rights (1689), and the Act of Settlement (1701). Yet it was not in the mother country England that really came to fruition but in the American Colonies, the New England states I mentioned earlier.

The constitutional idea was developed by many European philosophers such as *Aristotle*, *Budin*, *Locke*, *Hobbes*, *Montesquieu*, *Pufendorf*, *Kant*, *Tocqueville*, the authors of the American Federalist Papers, and many others. The common feature of their political, scientific and constitutional deliberations was the search for principles and norms which would provide the state with a rational, permanent system of rules and safeguard civil liberties. The first definition of a modern constitution, which in essence remains valid to this day, was supplied by the Swiss Emer de Vattel, who taught in Geneva and wrote in his "*Droit des Gens*" published in 1758: "The constitution is the fundamental system which determines the maner in which public authority should be exercised. It shows the form in which the nation acts as a political body, how and by whom a nation should be governed, and states the rights and responsibilities of those who govern. Basically, the constitution is no more than the framework within which a nation undertakes to pursue the aims and benefits of the political community."

Thus the constitution should outline the course to be followed by the state. It should provide the legal structure. This includes not only the general organisation of public authority but also the citizen's fundamental rights in relation to the state. In France at the time of The Great Revolution the declaration of those rights even had precedence over the rules of state organisation. The constitutional movement in the United States of America was much the same. The Virginia Bill of Rights and the fundamental rights enshrined in the American Declaration of Independence, each of which was adopted in 1776, predated the organisational structure of the constitutions.

Later, in the 19<sup>th</sup> century, these two parts of the constitution, the basic rights and the legal regime, were inseparably linked since they had the same spiritual, political and legal background.

A constitution confined to the organisation of the state would have been a remnant of the *ancien régime*, of a state that would not have shed its absolutist character despite having here and there accepted restrictions on its authority. The "true" and complete constitution does not exist until it establishes the fundamental status of the individual within the state, until in particular it contains the citizen's basic subjective rights in relation to the state, the basic rights of personel and political freedom.

For to have a set of rules and a system of fundamental freedoms within the one constitutional framework is not contradictory. Rather they are bonded together. In content they are indivisible. Their combination within a normativ constitutional document was the great achievement of the late 18 century. The old constitutional idea, which focused solely on the organizational aspects of state authority, was infused with basic rights to form the modern notion of constitution. That synthesis has been the formative essence of the modern constitutional state and is beginning to gain worldwide acceptance.

From the beginning of the 19 century, therefore, a country's organizational structure and the rights of the individual ceased to exist side by side but were integral parts of the new constitutions. In terms of political evolution and constitutional theory, that really was a new departure. The old concept was widened to include elements of substantive law. The French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen of 26 August 1789 rightly stated in article 16 that "Toute société, dans laquelle la garantie

des droits n'est pas assurée, ni la separation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

Whereas the old system of state authority and the status of the citizen were two separate domains of law, they are now one entity and conditional upon one another. The fundamental rights have become part of the basic structure of the state. The exercise of state authority is controlled by those basic rights, rights which are at the same time the basis and foundation of government and thus of the nation's overall statehood. Only thus can we speak of a constitutional state in the true sense, that is to say, a state which may only exercise authority in accordance with and within the limits of the constitution.

It is not the constitutionality of the state as such that was the epochal accomplishment but the adoption of the constitution including fundamental rights. In this act we perceive the profound step in the state's transformation, from an exclusively political state into a state determined entirely by the constitution.

This modern constitution's intellectual and political roots lie in the concept of the sovereignty of the people, which has a long history, as well as in the concept of freedom, which likewise can be traced far back. The sovereignty of the people led to devolvement of the people's constitutional power, the concept of freedom to the cataloguing of basic and human rights. A third concept stemmed from the conviction that state rule should be an “empire of law and not of men”. By virtue of this principle, the constitution acquired a special status in that it was to be no ordinary law subject to change but the “law of laws”. Because it stems from the people directly it should be the supreme norm. All manifestations of state authority, including the laws of the land, must be compatible with it. This is the underlying principle of the rule of law, which culminated, principally in the second half of the 20<sup>th</sup> century, in constitutional jurisdiction, which I shall come back to later.

## II

I have described in broad outline the evolution of the modern constitution. Today, its underlying principles are expressed by such key terms as constitutional, power of the people, democratic rule, basic rights which ensure people can enjoy their freedom, receive equal treatment and be politically active, all with judicial guarantees, as well as rule of law and primacy of the constitution, including its judicial protection. These

principles together from the modern constitution. This kind of structure creates the true constitutional state whose powers are limited and legitimised by the people.

To these fundamental essentials have been added further elements, the reason being that since it is very difficult to bring about changes to the constitution such important matters could in this way be kept beyond the reach of simple majority decisions in parliament. They include provisions governing the relationship between state and church. In Germany, for instance, they stipulate that there shall be no state church, in Turkey the support secularism, whilst others concern nationality, the civil service, parties and associations, local self-government, the protection of certain institutions, and so on. Of late, attention has focused mainly on the state's social and sometimes its cultural obligations, as well as on the requirements of environmental protection and the duty to perform certain tasks on behalf of the community. These are "national objectives" which impose obligations on the government, and especially the legislature, without granting the citizen any rights as in the case of the basis right.

The explanation for such additions lies in the supreme nature of the constitution which I mentioned earlier. I means that constitutional law may only be modified on the strength of a qualified majority in parliament, which in most cases is a two thirds majority of the lawfully elected members. This is expressed in article 79, paragraph 2, of the Basic Law of the Federal Republic of Germany, for instance, or in article 175, paragraph 1, of the Turkish Constitution. This obstacle to change is the distinctive feature of the constitution which gives it the quality of a special law, a *basic law*.

However, in view of the growing internationality and supranationality of nation states, we must acknowledge that this supremacy of the constitution is not as solidly based as it was. We already have the situation in the European Union that European law has precedence over national law, including constitutional law. The German Federal Constitutional Court, too, had to accept this fact. Nevertheless, it doesn't want that precedence to be upheld where inalienable basic rights, above all the principles governing the fundamental structure of the state enshrined in article 79, paragraph 3, of the Basic Law, are disregarded. (This position was stated in a Constitutional Court decision - BverfGE 89, 155 (p174 seq., 188)).

Similar to article 4 of the Turkish Constitution, article 79, paragraph 3, of the German Basic Law allows no one, not even the institution with the authority to amend the constitution, that is to say parliament, to alter these fundamental principles. If parliament is not permitted to do so, then neither may a supranational organisation be allowed to do so. In other words, such powers can not be transferred to the community. This is made unmistakably clear in article 23, paragraph 1, third sentence, of the Basic Law.

The intergration of Europe's constitutional states within the European Union has created some difficult problems in this respect. One of them is the relationship between the national guardian of the constitution, which in Germany is the Federal Constitutional Court, and the Court of Justice of the European Communities. The term which the German Federal Constitutional Court chose to describe it, "corporative relationship" (BverfGE 89, 155 (175)), is open to various interpretations. And if we also include the jurisdiction of the European Court to protect human rights and fundamental freedoms within the scope of the European Convention, then obviously we can no longer speak of an exclusively national jurisdiction in this field.

Of course, Europe's supranationality does'nt detract from the great achievements of those who have fashioned national constitutions in the last 300 years, but the signs of today point to constitutional homogeneity, if not globally then at least in many parts of the world, a tendency which has already become widely established in Europe. This applies not only to western, central and southern Europe but, since the political transformation of 1989-90, to the eastern and south-eastern parts of the continent as well, where nations have without exception either adopted new constitutions or thoroughly revised their old "people's democratic" constitutions.

The constitutions of all of these countries, who are members of the Council of Europe, are based on the principle of parliamentary democracy without presidential and plebiscitary elements, on the rule of law tempered by social justice, the separation of powers, extensive codification of basic rights, the independence of the judiciary, and constitutional guarantees protected by a constitutional court. I include among these the Turkish Republic's Constitution of 7 November 1982. It possesses all the attributes which uphold the classical constitutional principles I described earlier.



This constitution can therefore play its part in Europe's constitutional orchestra.

### III

By and large, therefore, all agree on the importance, the standing and the essence of the modern constitution. What we still have to do is determine its functions and responsibilities. Of considerable significance in this context is the question as to the constitution's effectiveness. If constitutions are to serve their purpose they must be able to wield their authority. They must not be mere decoration, a pretext, while the real power is exercised elsewhere. From this point of view, a constitution has to perform certain functions:

First, a regulatory one. It performs this function with the body of law as a whole, the purpose of which is to prevent anarchy. The constitution must also create the framework for the state's political action. It must ensure government by constitution and be the foundation, the crux, of the entire legal regime. No sovereign act may be at variance with it.

On the other hand, the constitution must never be a closed system. It is characterised by the openness and the broad scope of its language. It has to use general clauses which then have to be given substance. In this sense it directs and instructs the bodies exercising political power, particularly the legislature, to shape in particular the life of the community.

The more recent constitutions contains many such guidelines on, for instance, the country's economic order, environmental protection, sport and other matters that are really fields of activity for the individual and the community. But modern states cannot and have no wish to give up the task of shaping the social life of the nation. They no longer want to be "night-watchman states". Hence the modern constitution has made itself a "pouvoir actif" charting the general course. This it does without always giving precise instructions, for instance where the Basic Law for the Federal Republic of Germany, and similarly the Turkish Constitution, declare the country to be a social state.

Second, the constitution should be a source of stability, establishing the basic, unshakable structure for the life of the community. The democratic constitution too, precisely because of its democratic nature, can not be altered at the whim of the current majority but, as James Bryce put it, an expression of the established and lasting will of the people which has been

formed after extensive deliberation. Thus constitutions are intended to be permanent and steadfast. Indeed, in order to enhance this stability some constitutions have incorporated certain inalienability or eternity clauses, for instance in article 79, paragraph 3, of Germany's Basic Law or article 4 of the Turkish Constitution.

Usually the main purpose of such clauses is to protect the essential elements of the state, such as its republican structure, the democratic system and the rule of law, and in Germany also the division into federal states, the foundations of human rights, all of which are ironclad constitutional principles. However, making such values sacrosanct in this way may prove risky in that they may, over time, tie the hands of a legislature wishing to amend the constitution. They should therefore be confined to generally recognised "eternal values", as it were.

And there is another point: a constitution's stability must not be mistaken for rigidity. The constitution must satisfy not only present-day but also future requirements. It must be possible to amend it if it has become alienated from the wishes of the nation at large and is perceived merely as an inflexible set of rules. We are thus confronted with the difficult problems of constitutional development. Countries with a robust system of constitutional jurisdiction are in a better position to solve them because a constitutional court can more easily find interpretative answers without it being necessary for parliament to embark on politically complex reform processes that are often viewed with scepticism.

Third, the constitution should have unifying qualities. This should be understood not only in the sense of national unity, which has provided much of the stimulus for constitutionalism in most countries, but also in a wider sense. The decisions enshrined in the constitution should be part of the nation's political consensus. It was this conviction that led the German constitutional law scholar *Rudolf Smend* to conclude that one of the constitution's tasks is to "integrate" the nation. This integration is mirrored, for instance, in political ceremonies of the kind performed on national days or other state occasions, and in flags, commemorative speeches, elections, major parliamentary debates and so on.

The constitution must therefore also bring together the country's political and social groups, and most of all safeguard domestic peace. In order to perform this function, more recent constitutions have incorporated specific notional objectives, some of them of a general nature, such as the integrity

of the state, the promotion of social welfare or social justice, some quite specific, such as the restoration of German unity in freedom, which up to 1990 was anchored in the Basic Law for the Federal Republic of Germany. Those norms in a constitution which protect fundamental rights and establish basic responsibilities promote in large measure not only national standards but also integration. They embrace basic value-concepts for the relationship between citizen and state, in other words the nation's social and cultural values.

Fourth, in addition to these three functions there is also that of placing legal restrictions on the authority of the state and ensuring that authority remains controllable. This function was essential during the early phase of constitutionalism and is of crucial importance today still. It transformed the state based on the exercise of power into a state based on law, that is to say, a constitutional state. This is the purpose of the basic rights, which guarantee freedom and legal certainty. It is the purpose the separation of powers and, since the Second World War, the establishment of constitutional jurisdiction. Within this trilateral constitutional system, the basic rights and the balance of power are the older part. They can be traced well back into the history of political and constitutional theory. I do not have time to dwell on this historical aspect but need only recall, as I did earlier, article 16 of the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen of 26 August 1789.

Already in the 19<sup>th</sup> century it became apparent that these safeguards were not enough to guarantee the constitution's status as the fundamental legal structure of the state. In order to ensure the predominance of the constitution it had to have a special "guardian". It was necessary to have cast-iron rules which gave "legitimité juridique" primacy over "souveraineté politique".

In his famous Federalist Paper No. 78, *Alexander Hamilton* explained why courts of law had to be guardians of the constitution. To him it was part of the "nature and reason of the thing". Even before him the English judge *Sir Edmund Coke* had been thinking along the same lines but was unable to assert his views in Great Britain. The situation became different in the United States of America where, in 1803, the Supreme Court, in the famous case of *Marbury versus Madison*, emphasised the supremacy of the constitution and drew the conclusion that all acts of the state, including those of the legislature, had to be compatible with the constitution. If not they were invalid.

Decades later this view had been adopted by all constitutional courts. The time taken varied from country to country, but nowadays this conviction is common to them all. Thus, constitutional jurisdiction is the consummation of the democratic state based on the rule of law, Constitutional courts have become the true guardians of the constitution. In the centuries-long dispute between the legal and the political establishment the pendulum has swung in favour of the law. This means that the constitutional courts, thanks to their role as protector of the constitution, have become a factor in the promotion of national integration. It was *W. Kägi* who said: "Tell me what you think of constitutional jurisdiction and I will tell you what kind of constitution you favour".

#### IV

Allow me to sum up. Modern constitutionalism has over the past 250 years formed most countries step by step into constitutional states. It is a global movement which, as we see everywhere, the community of nations can no longer avoid. Wherever dictatorships or totalitarian regimes have been overthrown, the people have demanded a democratic constitution. This was particularly apparent in what were formally called the Eastern bloc states. Their new constitutions embody the principles I have just described. Their authors were able to take as their model many of the constitutions adopted in the west since 1945. They did not have to invent new principles but were able to rely on traditional concepts. In this context we can speak of a growing European constitutional homogeneity.

But the modern constitution has also established itself outside Europe and the American continent. I would mention the Republic of South Africa, which adopted a new constitution in 1996, many of whose features resemble parts of the German Basic Law. The latest member of the new constitutional movement is the constitution of the Swiss Confederation, which entered into force on 1 January 2000. Many will say, therefore, that, in the words of *P. Häberle*, the "hour of the constitutional state" has arrived. But let us be honest: much remains to be done before the constitution can be said to have triumphed everywhere.

CONSTITUTIONNALISME ET CULTURE  
CONSTITUTIONNELLE EN TURQUIE**Prof. Dr. Jean MARCOU**

(Grenoble Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi, Kahire Üniversitesi)

Cette intervention doit être d'abord située car loin d'être une analyse habituelle de la culture constitutionnelle et du constitutionnalisme turcs, il s'agit d'un bilan un peu particulier réalisé par un observateur étranger. Un tel exercice n'est cependant pas nouveau. Il peut être rattaché à la longue tradition d'observation réciproque des mondes occidental et oriental et plus particulièrement au mouvement d'échange de principes ou de mécanismes entre des sociétés dissemblables. Mais cette tradition est en train d'évoluer en ce qui concerne la Turquie. En effet, le rapprochement que ce pays conduit en direction de l'Europe depuis plusieurs décennies, son statut de candidat à l'UE officiellement reconnu désormais, en font un membre potentiel de cet ensemble européen en cours de structuration. L'observation du système constitutionnel et politique turc qui pouvait apparaître encore au cours des dernières décennies aux Européens comme un exercice assez inhabituel risque ainsi de devenir une pratique beaucoup plus naturelle pour eux à l'avenir.

Pour ce qui nous concerne, elle l'est depuis quelques années déjà (1). Cette expérience ne nous donne pas pour autant une autorité particulière pour évoquer une évolution constitutionnelle turque que beaucoup de participants à ce congrès connaissent sans doute aussi bien que nous. Nous essaierons simplement de faire partager les principaux enseignements que nous avons pu tirer de nos investigations.

---

(1) Cf. Jean Marcou, L'expérience constitutionnelle turque, *Revue de droit public*, Paris 1996, p. 425 à 462.

En réalité, deux phénomènes nous paraissent marquer la culture constitutionnelle et le constitutionnalisme turcs. Il s'agit:

- d'une part, de l'antériorité de l'expérience constitutionnelle de ce pays qui a été marquée par la fin de l'Empire ottoman et la période kémaliste
- d'autre part, de la volonté jamais démentie dans la période contemporaine de parvenir à la constitutionnalisation du pouvoir et à la démocratie représentative

### **1. L'antériorité de l'expérience constitutionnelle turque et ses héritages ottoman et kémaliste**

L'histoire politique de la Turquie depuis la fin de l'Empire ottoman est complexe et mouvementée. Elle révèle en particulier l'existence d'une réelle expérience constitutionnelle qui depuis plus d'un siècle alimente un débat intellectuellement riche sur la forme de l'État, l'expression de la souveraineté, le sens des modernisations techniques et culturels opérées, la garantie des droits, les équilibres institutionnels et partisans. Mais cette expérience constitutionnelle turque est originale. Le constitutionnalisme turc assume, en effet, aujourd'hui deux héritages fondateurs: celui de l'Empire ottoman et celui de la période kémaliste. Longtemps refoulé par le second, le premier est à nouveau très présent dans le débat politique contemporain.

#### **1.1 La dichotomie entre l'État et la société civile dans l'Empire ottoman**

La connaissance de l'histoire administrative et politique ottomane est sans doute très importante pour mieux comprendre les spécificités du système constitutionnel turc et certains débats contemporains. Si l'Empire ottoman, comme la France de l'Ancien régime ou les autres grands États d'Europe occidentale d'ailleurs, ne possédait pas de constitution au sens moderne et libéral du mot, il disposait néanmoins d'une organisation politique éprouvée qui allait faire sa force à son apogée. Cette organisation rigoureuse et notamment sa structuration sur le territoire frappera Machiavel au XVIème siècle et l'amènera à se livrer dans le Chapitre 6 du

Prince à une analyse comparée restée célèbre des États français et ottoman (2).

Machiavel est notamment impressionné par le bon enchaînement des rouages politiques et administratifs ottomans, par leur efficacité qui contribue à une forte centralisation de la décision politique, par la sophistication des découpages administratifs. Mais, s'il insiste sur l'efficacité de cette organisation politique, il souligne aussi sa mauvaise implantation dans la société civile. Dans cet Empire bien organisé, le lien entre le pouvoir politique et le peuple est très distant. Au niveau local en particulier, les fonctionnaires du Sultan se préoccupent peu de la loyauté de leurs administrés à l'égard du système en vigueur. Seule compte la loyauté de ces fonctionnaires à l'égard du Sultan et leur capacité à faire appliquer des décisions qui n'obtiennent pas forcément l'adhésion de populations qui disposent par ailleurs souvent d'une forte capacité d'auto-organisation sociale. Il n'est pas possible ici d'exposer de façon exhaustive tout ce que la connaissance de la gouvernance ottomane peut apporter à la meilleure compréhension du constitutionnalisme turc contemporain. Ce rappel de l'analyse de Machiavel peut néanmoins permettre de rappeler que la période ottomane s'est caractérisée par une forte dichotomie entre l'État et la société civile qui a probablement laissé des traces dans la Turquie contemporaine.

## 1.2 Modernisation, réformisme et constitutionnalisation dans l'Empire ottoman en déclin

Le question de la constitutionnalisation du pouvoir n'est apparue qu'au cours des dernières décennies de l'Empire ottoman. À la différence de ce qui s'est passé dans les sociétés occidentales, ce processus n'a pas été engendré par des mouvements politiques et sociaux de contestation du pouvoir en place et de la société telle qu'elle fonctionnait alors mais essentiellement par un phénomène de modernisation impulsé par des élites. En effet, les Lumières et les idées des grandes révolutions libérales n'ont touché que tardivement la Méditerranée orientale. L'intérêt que les

(2) Sur cette question, cf. N. Machiavel, *Le Prince*, chapitre 6.

Ottomans ont porté à ces mutations a d'abord été surtout motivé par la volonté d'enrayer leur propre déclin en perçant les secrets de la puissance politique et militaire de l'Occident. Il a donc émané au départ d'une élite gouvernante diplomatico-militaire et a commencé à se manifester sous le règne des sultans réformateurs Selim III et Mahmut II, despotes éclairés qui entreprirent des réformes techniques et militaires au début du XIXème siècle en s'inspirant de l'Occident. Mais ce phénomène a pris bien sûr une toute autre ampleur au milieu du XIXème siècle lorsque s'est ouvert la période des " Tanzimat " .

On sait que cette période consista essentiellement en un mouvement d'occidentalisation à outrance. En dépit des deux célèbres édits (Hatt-Serif de Gülhane, en 1839 et Hatt-i-humayun en 1856) qui sont parfois abusivement assimilés à des chartes constitutionnelles fondatrices, cette période n'a rien de véritablement constitutionnaliste dans la mesure où elle a surtout consisté en une suite de réformes techniques modernisatrices (militaires, fiscales, juridiques, administratives ou éducatives) réalisées en l'absence de changements politiques et sociaux profonds. En réalité, ces mesures de modernisation ayant affaibli les forces traditionnelles (religieuses notamment) de la société ottomane, ce mouvement déboucha même sur une concentration du pouvoir politique au profit du Sultan jamais égalée jusqu'alors.

Ce n'est qu'au terme de ce cycle de modernisation que survint enfin la promulgation de la première et de la seule constitution ottomane. Ce texte, la Constitution de 1876, intervint néanmoins dans un contexte intérieur et international confus et apparut même à l'époque comme une manœuvre de la Porte pour s'épargner de nouvelles ingérences occidentales. Fortement inspirée par la Constitution belge de 1831, parce que celle-ci organisait une monarchie et qu'elle était écrite dans une langue (le français) bien maîtrisée par les élites ottomanes, cette Constitution ne prétendait pas émaner de la souveraineté du peuple mais de la volonté du Sultan et n'instaurait que formellement une séparation des pouvoirs. Elle comportait, néanmoins, une déclaration de droits, ébauchait des mécanismes parlementaires et permit même le déroulement d'une expérience électorale et représentative. Mais cette première période



constitutionnelle fut de très courte durée puisque la Constitution de 1876 fut suspendue par le Sultan Abdul Hamid dès 1878.

### 1.3 L'approfondissement de l'expérience constitutionnelle ottomane à la fin de l'Empire

Si les Tanzimat ne furent pas conçus comme un mouvement de transformation politique et sociale, ils provoquèrent indiscutablement des mutations profondes en désorganisant la société ottomane traditionnelle. Lorsqu'enfin le premier texte constitutionnel entra en vigueur, ce phénomène de modernisation remontait déjà à plusieurs décennies, les réformes avaient transformé l'État, marqué les classes dirigeantes et touché la population des grandes villes. Des mesures plutôt techniques au départ avaient ainsi provoqué une réflexion politique plus intense dont témoignèrent bien le mouvement des «Jeunes Ottomans» et plus tard celui des «Jeunes Turcs». C'est au sein de ces formations politiques ottomanes que devaient s'élaborer certains des éléments de la culture politique turque contemporaine.

De ce point de vue, le mérite des «Jeunes Ottomans» est d'avoir introduit une réflexion sur la compatibilité de l'idéal constitutionnaliste occidental avec le maintien de l'identité islamique de la société ottomane, réflexion qui est périodiquement réapparue dans le débat politique et constitutionnel turc au XX<sup>ème</sup> siècle. Quant aux «Jeunes Turcs», leur apport est multiple. Ils sont, d'une part, à l'origine d'une idéologie modernisatrice, nationaliste et laïcisante qui a largement ouvert la voie au kémalisme. Mais, d'autre part, leurs conflits internes et en particulier leur scission du Congrès de Paris en 1902 ont induit des débats et des clivages qui sont à l'origine de la structuration des forces politiques contemporaines.

La révolution «Jeunes Turcs» de 1908 fut précédée par la montée en force d'un mouvement d'opposition à l'absolutisme hamidien où la constitutionnalisation du pouvoir par le rétablissement de la Constitution de 1876 fut la revendication principale. Toutefois, l'ampleur sociale de cette revendication est à nuancer. Certes, la révolution de 1908 fut le théâtre de mouvements populaires de fraternisation entre les différentes

communautés de l'Empire dans les grandes villes mais les actions déterminantes furent conduites par le "Comité Union et Progrès" et par des officiers turcs qui voulaient avant tout substituer au Sultan un système constitutionnalisé moderne apte à leurs yeux à garantir l'intégrité de l'Empire en lui donnant un gouvernement moderne.

Le rétablissement de la Constitution de 1876 et la révision constitutionnelle de 1909 consécutive à l'écrasement des mouvements de réaction et à la déposition du Sultan Abdul Hamid débouchèrent néanmoins sur la très intéressante période constitutionnelle ottomane (1909-1913). Ce fut en effet le seul réel moment constitutionnaliste de l'Empire qui, entre la Révolution «Jeunes Turcs» et les Guerres balkaniques, amena la société ottomane à découvrir la démocratie parlementaire, les joutes électorales, la liberté de la presse, la pratique courante des réunions politiques, les grèves et même les revendications féministes. Surtout, cette période mit les intellectuels sur le devant de la scène. Un débat politique d'une très grande richesse put alors se développer entre des courants dont on allait retrouver les idées par la suite : islamistes de Mehmet Akif, occidentalistes d'Abdullah Cevdet ou nationalistes turcs de Ziya Gökalp (3). Mais la situation internationale empêcha cet épanouissement de porter ses fruits et précipita l'Empire dans la guerre.

#### 1.4 Les apports de la période kémaliste au constitutionnalisme turc

"Le déploiement incantatoire de la Constitution, du Parlement, du Parti et des élections ne saurait cacher le fait essentiel que la République fut établie par un soldat de métier à la tête d'une armée victorieuse qui se maintint au pouvoir, au début tout au moins, par un mélange d'autorité paternelle et de puissance militaire." Cette remarque de Bernard Lewis montre bien que l'épopée kémaliste fut plus étatiste à proprement parler

---

(3) Sur cette période et ces mouvements cf. P.Dumont et F. Georgeon, "La mort d'un Empire (1908 - 1923) in R. Mantran (dir.), Histoire de l'Empire Ottoman, Paris, Fayard, 1989, p. 584 et s.

que constitutionnaliste. Mais les textes constitutionnels kémalistes ont leur importance.

En premier lieu, cette importance concerne la souveraineté. Certes, la période kémaliste ne fut pas une période démocratique mais, en faisant du peuple ou de sa représentation, le titulaire de la souveraineté, elle a eu le mérite de consacrer une idée qui s'était déjà manifestée à la fin de l'Empire lors de la révision constitutionnelle de 1909. Il faut dire qu'entre temps, la guerre d'indépendance et la revendication d'un État-nation avaient facilité les choses. À cet égard, la Constitution provisoire de 1921, qui subit d'ailleurs dans l'humeur anti-impérialiste du temps des influences «soviétisantes», marque un tournant dans l'histoire constitutionnelle turque car elle proclame le principe de souveraineté nationale et précise que "le système d'administration repose sur le principe que le peuple dirige personnellement et effectivement sa propre destinée." La caractéristique de cette souveraineté est néanmoins de n'être pas divisée, elle appartient exclusivement à une grande assemblée qui théoriquement détient tous les pouvoirs. Cette unicité dans l'exercice de la souveraineté se retrouve dans la Première Constitution républicaine de 1924 qui formellement instaure un régime d'assemblée. Dans les faits pourtant ce régime constitutionnel d'assemblée fit place à un système dominé par une élite réformatrice et structurée par un parti unique. Si l'essence d'un tel système peut paraître a priori peu constitutionnaliste, les textes kémalistes ont permis toutefois l'avènement définitif d'une conception nouvelle de la souveraineté laïcisante et non-autocratique.

En second lieu, en dépit de l'absence de démocratie, le kémalisme a permis d'ancrer dans la société politique turque des formes institutionnelles qui seront par la suite à la base d'une constitutionnalisation plus réelle du pouvoir : le président de la République, la Grande Assemblée Nationale, le 1<sup>er</sup> ministre et son gouvernement, le pouvoir judiciaire... Ces formes permettront une parlementarisation du système kémaliste et le développement d'une première expérience démocratique dans les années cinquante.

En dernier lieu, le période kémaliste et ses réformes ont permis d'inaugurer et d'expérimenter des concepts qui, même s'ils n'ont pas

toujours survécus en l'état à leur fondateur par la suite, ont néanmoins durablement marqués les structures politiques et constitutionnelles turques. Au premier rang de ces concepts, on trouve bien sûr la laïcité qui en dépit des évolutions postérieures s'est maintenue et reste l'une des originalités profondes de la Turquie contemporaine qui est l'un des très rares États avec la France à avoir inscrit ce principe dans son texte constitutionnel (4). L'idée de République est également à prendre en compte y compris dans ce qu'elle a d'ambigu puisqu'elle évoque autant le projet d'instauration progressive d'une démocratie libérale que la nécessaire autorité de l'État national face aux traditions religieuses et à la diversité de la société civile (5). Le nationalisme, enfin, qui a été pratiqué avec constance pour légitimer l'unité et l'indivisibilité de l'État turc contemporaine face aux revendications identitaires de toutes sortes.

C'est donc bien au cours des dernières décennies de l'Empire et de la période kémaliste que s'élabore les débats de fond de la culture politique et constitutionnelle turque: rôle de l'armée et des élites dans les entreprises de réforme, dilemme entre le retour aux valeurs traditionnelles et l'occidentalisation à tout va, difficulté à faire naître une représentation politique reconnue pour légitimer l'exercice du pouvoir. Dans le constat de cette antériorité de l'expérience constitutionnelle turque, le constitutionnaliste occidental peut regretter le sentiment ambigu qui s'installe progressivement et qui tient au fait que cette première histoire laisse peu de place à des périodes réellement constitutionnalistes. Il faut pourtant se souvenir que dans de nombreuses sociétés occidentales, l'avènement du constitutionnalisme a été particulièrement difficile, que les expériences ont été multiples et souvent sans lendemain. Personnellement ce qui nous frappe le plus dans cette première expérience est qu'elle a été moins provoquée par une revendication sociale de limitation et de contrôle de l'exercice du pouvoir

---

(4) Cf. CEMOTI N°19, 1<sup>er</sup> semestre 1995, consacré à la laïcité en France et en Turquie, cf. aussi Jean Marcou, « La laïcité en Turquie, une vieille idée moderne » in Confluences Méditerranée, N°33, Printemps 2000, p. 59 à 71.

(5) Cf. Jean Marcou, Füsün Üstel & Deniz Vardar, La République en France et en Turquie, article à paraître in Revue internationale de Politique comparée.

que soutenue par la volonté d'accéder à une sorte de modernité politique pour des raisons qui d'ailleurs ont pu évoluer (volonté d'assurer la survie d'un Empire, vellétés de fonder un nouvel État nation...). Plus que du désir d'encadrer le pouvoir, la première histoire du constitutionnalisme turc témoigne de la volonté d'inventer un nouveau pays capable de s'insérer dans le concert des grandes nations. Mais cette adhésion à la forme moderne de l'État s'est opérée sans que l'on soit toujours capable de mesurer les conséquences politiques d'un tel choix : développement du contrôle des gouvernants, encadrements des compétences et à terme instauration de la démocratie.

## **2. La fin des illusions: vers un constitutionnalisme réel permettant l'accès à la démocratie et à l'État de droit**

À bien des égards, jusqu'au milieu du XXème siècle, les expériences politiques ottomanes et turques peuvent paraître un peu timides quant à leur caractère constitutionnaliste. Pourtant, elles témoignent indiscutablement de cette volonté turque jamais démentie jusqu'à nos jours de garantir l'avènement d'un système politique modernisé ayant certes son originalité mais appartenant à la même famille que ceux des pays occidentaux. Dans un pays où il y avait une telle dichotomie entre la société politique et la société civile, ces expériences ont reposé longtemps sur la volonté déterminée d'une élite gouvernante. Mais à terme, une telle entreprise ne pouvait pas n'être qu'un déploiement constitutionnel incantatoire. Par la force des choses les vellétés constitutionnalistes conduisent la société politique à rencontrer la société civile. En Turquie, cette première grande rencontre allait se produire au milieu du XXème siècle au moment du passage à la démocratie.

### **2.1 L'expérience de la démocratie parlementaire dans le cadre de la Constitution kémaliste**

En Turquie, le passage à la démocratie n'est pas au départ la conséquence d'un mouvement social de fond ou d'une rupture politique importante. Dans la tradition de ce que nous avons pu observer jusqu'à présent, cette transformation est le résultat d'une mutation du régime initiée par l'élite gouvernante au pouvoir. En effet, après la Seconde Guerre mondiale, les

héritiers d'Atatürk décidèrent à la fois d'autoriser la création d'un parti d'opposition et d'instaurer des élections au suffrage universel direct pour l'élection de la Grande Assemblée Nationale. Loin d'être motivé par un choix purement idéaliste, cette décision obéissait à des mobiles très pragmatiques de politique internationale (faciliter l'insertion de la Turquie dans le bloc occidental face à la menace soviétique) et de politique intérieure (donner un nouveau souffle au régime). Elle ne se traduisit en fait par aucune réforme constitutionnelle mais déboucha, en 1950, sur la victoire du Parti démocrate qui se maintint au pouvoir pendant une dizaine d'années. On sait quelles furent les tendances principales de cette décennie démocrate: remise en cause des aspects les plus saillants et les plus militants de la laïcité kémaliste, assouplissement de l'étatisme économique, ouverture internationale mais aussi difficultés à faire fonctionner une vraie démocratie parlementaire, atteintes à la liberté d'expression et aux droits de l'opposition.

En réalité, les avatars de la décennie démocrate relancèrent le débat constitutionnel. En effet, ils mirent en lumière l'illusion constitutionnelle dans laquelle vivait la Turquie d'alors en révélant, d'une part, que la Constitution de 1924, restée en vigueur, s'avérait incapable d'assurer le fonctionnement du régime représentatif ou de garantir efficacement les droits fondamentaux et, d'autre part, que les acteurs politiques étaient loin d'être convertis au constitutionnalisme et d'accepter le consensus minimum nécessaire au fonctionnement d'un système politique reposant sur l'alternance. Les Républicains avaient tout fait pour empêcher les Démocrates d'accéder au pouvoir, les Démocrates appliquèrent à l'opposition et à la presse le régime qu'ils avaient eux-mêmes subi avant 1950. Dans un tel contexte, la revendication constitutionnaliste allait retrouver l'aspect symbolique et militant qu'elle avait déjà pu avoir au cours de l'histoire turque (notamment dans la période qui avait précédé la Révolution "Jeunes Turcs") auprès de certains intellectuels, universitaires et officiers. Ces gens se mirent à penser en effet que si la démocratie parlementaire fonctionnait mal en Turquie, c'était parce que la Constitution, inadaptée, préservait mal l'existence libre des partis politiques, la liberté de la presse, l'autonomie des universités ou l'indépendance de la magistrature et que par ailleurs la dévolution

exclusive de la souveraineté nationale à la Grande Assemblée qu'elle réalisait, conduisait en réalité à une dictature de la majorité parlementaire et donc de son gouvernement.

Au cours du premier semestre 1960, la situation politique allait se détériorer sous l'effet conjugué d'une agitation dans les universités et d'une crise due à une politique économique peu cohérente. De façon significative, les manifestations étudiantes qui devaient précéder l'intervention militaire du 27 mai 1960 commencèrent après qu'un professeur de droit constitutionnel de l'Université d'Istanbul ait décidé de refuser de faire son cours, une telle matière ayant cessé, selon lui, d'exister en Turquie.

## 2.2 Les contradictions du processus de constitutionnalisation dans la Turquie contemporaine

Le coup d'État du 27 mai 1960 a indiscutablement contribué à mettre à jour les contradictions fondamentales du processus constitutionnel et démocratique en Turquie. On sait, en effet, que cette intervention militaire s'afficha à l'époque comme un coup d'État progressiste voire même comme une révolution. Il est vrai qu'elle devait déboucher sur l'un des régimes politiques les plus libéraux que la Turquie ait jamais connu. Une effervescence intellectuelle réformatrice, qui marqua en Turquie toute une génération de professeurs de droit constitutionnel, accompagna l'élaboration de la nouvelle constitution. On procéda à une analyse encyclopédique des constitutions du monde pour donner aux rédacteurs du nouveau texte la meilleure actualité constitutionnelle, on n'hésita pas à innover dans de nombreux domaines, notamment dans celui de l'État de droit en créant une cour constitutionnelle et en instaurant un contrôle de constitutionnalité, à une époque où de tels mécanismes n'étaient pas aussi courants qu'aujourd'hui. Par la Constitution de 1961, la Turquie du début des années soixante se donnait ainsi l'aspect d'une république moderne qui, après le demi échec de son ouverture des années cinquante était enfin en train d'atteindre une maturité politique en constitutionnalisant véritablement sa démocratie parlementaire. Mais cette euphorie apparente ne doit pas faire oublier que, pour la première fois dans l'histoire de la République, l'armée était sortie de ses casernes et qu'elle

avait pris par là même conscience du rôle qu'elle pouvait jouer dans le système politique turc. En outre, le coup d'État devait donner lieu à une répression spectaculaire débouchant notamment sur le procès des dirigeants démocrates et l'exécution de certains d'entre eux dont le premier ministre déchu, Adnan Menderes.

Le coup d'État du 27 mai et la période d'instabilité qui l'avait précédée confirmait en fait le décalage entre les projets d'une élite réformatrice et l'aptitude de la société civile à assimiler des réformes initiées de façon volontariste mais surtout ils montraient la complexité que revêtait désormais un processus de modernisation qui avait plus d'un siècle d'existence en Turquie. Car désormais ce processus devait être constitutionnel et démocratique, recevoir l'aval de la société civile. Dès lors, le coup d'État de 1960 fut le point de départ d'une série de mutations qui allaient confirmer la difficulté à implanter une démocratie représentative constitutionnalisée en Turquie.

Pourtant, à l'échec de la démocratisation des années cinquante, les constituants de 1961, attribuant cet échec aux insuffisances de la Constitution de 1924, réagirent par un texte ambitieux. La Constitution de 1961 chercha non seulement à instaurer des garanties contre les risques d'excès des gouvernants en créant des contre-pouvoirs mais aussi à émanciper la société civile par la reconnaissance de nouveaux droits et de nouvelles libertés. Elle se caractérisa ainsi par la mise en place d'un parlement bicaméral, la création d'une cour constitutionnelle, la reconnaissance solennelle de libertés et de droits individuels et sociaux. Il s'agissait en fait de franchir une nouvelle étape modernisatrice en construisant un régime démocratique qui engendrerait une société nouvelle. Toutefois, cette tentative ambitieuse se solda par de nouvelles périodes d'instabilité et par de nouvelles interventions militaires (coup de palais de 1971 et coup d'État de 1980). Ces interventions vinrent clore des cycles d'ouverture et d'instabilité en amenant l'armée à agir non pour "casser" la démocratie mais paradoxalement pour la restaurer ou la sauvegarder. Mais ce processus cyclique même s'il a toujours prétendu vouloir garantir un régime démocratique constitutionnalisé pose problème car, outre le fait que les interventions militaires en question aient mis en cause le fonctionnement normal des pouvoirs publics et généré la répression, elles ont abouti à une implantation inédite de l'armée dans un



système constitutionnalisé. Cette implantation s'est opérée essentiellement par l'instauration au sein même de l'ordre constitutionnel turc d'un Conseil National de Sécurité (CNS) où la plupart des instances militaires importantes sont présentes. En dehors du rôle que joue cette institution dans le domaine de la défense nationale, l'article 118 de la Constitution de 1982 précise que ses décisions " relatives aux mesures qu'il estime indispensables en vue de sauvegarder l'existence et l'indépendance de l'état, l'intégrité et l'indivisibilité du territoire ainsi que la paix et la sécurité de la société sont prises en considération par le Conseil des ministres de façon prioritaire." La rédaction de cet article reste floue malgré tout quant aux limites des compétences de cet organe peu constitutionnaliste dans son esprit. Pourtant, on a bien vu l'influence déterminante que pouvait avoir le CNS pendant le gouvernement Erbakan en 1996/97, lorsqu'il a fait des remontrances extrêmement vives au leader islamiste sur les orientations de sa politique.

### 2.3 L' tat du constitutionnalisme turc contemporain

La place institutionnalisée de l'armée dans l'ordre constitutionnel et politique turc est la cible principale des critiques qui s'interrogent sur la nature constitutionnelle et démocratique du système politique turc. On peut avoir deux approches de ce phénomène qui paraît anachronique à l'époque contemporaine.

La première et la plus immédiate consiste à dénoncer cette présence militaire politique comme contraire aux principes constitutionnels les plus élémentaires en observant qu'eu égard à ses ambitions des années soixante, le constitutionnalisme turc a connu un certain déclin au cours des dernières décennies. Ce déclin est bien incarné par de nombreux aspects de la Constitution de 1982 qui est très critiquée, comme l'on sait en Turquie même. Il faut se souvenir que ce texte à la différence de celui de 1961 a été très largement élaboré par des instances dont la composition et les décisions ont été fortement influencées par le CNS qui a eu le dernier mot sur la plupart des points litigieux (6). Bien que le texte de 1982

(6) Témoignage à l'auteur d'un membre de la commission constitutionnelle, décembre 1994.

reprenne souvent celui de 1961, la philosophie du premier est profondément différente de celle du second (7). La lecture des deux préambules est à cet égard éclairante. Tandis que celui de 1961 parle “ d’établir un système de lois démocratiques ” et de confier la garde de l’ordre constitutionnel à la vigilance des enfants de la Nation “ qui aiment la liberté, la justice et l’intégrité ”, celui de 1982 dans sa rédaction initiale annonçait d’emblée la volonté du nouveau régime d’empêcher le déclenchement d’une “ guerre civile sanglante pour garantir l’existence sacrée de l’Etat turc ” (8). Mais plus généralement, sur le plan des droits et libertés, on peut dire que la Constitution de 1982 est en rupture avec la volonté émancipatrice qui avait présidé à la rédaction de la Constitution de 1961 et l’on comprend pourquoi elle s’abstient de faire référence à une conception universelle des droits de l’homme en prétendant chercher à promouvoir une conception nationale de ces droits. Pour les constituants de 1982, cette “nationalisation” ne tourne pas le dos à la conception universelle qui reste l’objectif à atteindre, mais elle marque une pause dans la recherche de cet objectif, le temps que la société turque ait atteint la maturité nécessaire (9). Certains constitutionnalistes turcs estiment pourtant aujourd’hui que ce phénomène place la loi fondamentale turque en porte-à-faux vis-à-vis de la notion même de Constitution et qu’il encourage la majorité parlementaire à porter atteinte aux droits de l’opposition en limitant en outre largement la portée des contrôles de légalité et de constitutionnalité que peuvent opérer les organes juridictionnels.

Toutefois, on peut dépasser cette première approche pour avoir une analyse plus globale de l’état du constitutionnalisme turc contemporain. Dans une large mesure, l’étude que nous avons développée précédemment montre que l’institutionnalisation politique du rôle de l’armée par le texte constitutionnel actuel consacre en quelque sorte cette pratique modernisatrice développée depuis l’Empire, qui a vu une élite militaro-

---

(7) Sur l’analyse comparative des deux Constitutions, cf. Muzaffer Sencer, “From the constitution of 1961 to the constitution of 1982”, in *Turkish yearbook of human rights*, vol. 7 et 8, Ankara, 1985-86, pp. 15-72.

(8) La révision constitutionnelle du 23 juillet 1995 a supprimé ce passage du préambule.

(9) Témoignage à l’auteur du Président de la Commission constitutionnelle (Orhan Aldikaçti), Istanbul, décembre 1994.

diplomatique confisquer souvent la décision politique pour insuffler au pays sa propre conception des réformes et sa propre vision du changement. Mais tout en étant réelle, la présence de cette élite est plus discrète aujourd'hui qu'à d'autres époques, elle doit compter avec l'avènement d'une opinion publique de plus en plus influente. Lors du gouvernement Erbakan, tout en faisant pression sur ce dernier par l'intermédiaire du Conseil National de Sécurité, elle n'a pas recouru au coup d'État. Parallèlement, au cours de la dernière décennie, suite à son rapprochement avec l'Europe communautaire, la Turquie a consenti des avancées dans le domaine des droits et libertés. En 1987, d'abord, elle a accepté le droit de requête individuelle à la commission européenne des droits de l'homme (art. 25 de la Convention de sauvegarde) ainsi que la juridiction obligatoire de la Cour de Strasbourg. En 1993, ensuite, une révision constitutionnelle a supprimé le monopole d'État sur la radio et la télévision (10). Enfin, en 1995, dans le contexte de la ratification de l'accord d'Union douanière avec l'Union européenne, le gouvernement a réalisé une réforme constitutionnelle comportant des mesures intéressantes (relecture du préambule, abaissement de la majorité électorale à 18 ans, possibilité de voter pour les Turcs résidant à l'étranger, amélioration du statut des syndicats et des partis) (11). Mais au-delà des réformes constitutionnelles, tout un travail concret d'amélioration du fonctionnement de l'État de droit est à réaliser dans l'administration, la police et la justice. On doit aussi évaluer l'aptitude de la société civile à aller plus loin dans l'achèvement de la démocratie. Les réformes institutionnelles réalisées par la Constitution (retour au monocaméralisme, réformes de l'investiture des gouvernements, renforcement des pouvoirs du Président de la République) ne sont pas parvenues à assurer une stabilité gouvernementale suffisante. Faut-il pour autant souhaiter que la Turquie s'oriente vers la mise en place d'un régime présidentiel? Rien n'est moins

---

(10) Cette révision a pris acte du développement spectaculaire en Turquie des radios privées sur bande FM et de la diffusion télévisée par satellite. Elle a été réalisée par la loi n° 3913, 8 juillet 1993, JO 10 juillet 1993, n° 21633.

(11) Cf. Loi n° 4121 du 23 juillet 1995. On doit en outre faire observer que peu après cette réforme constitutionnelle, le gouvernement de Madame Çiller a suscité à une réforme de l'art. 8 de la loi anti-terreur qui réprime les atteintes à l'indivisibilité de la République.

sûr. D'une part, un tel régime n'est pas dans ses traditions constitutionnelles, d'autre part, l'atomisation de ses forces politiques se prêterait sans doute mal à une telle option. Enfin, en posant et en maintenant sa candidature à l'UE, la Turquie a montré qu'elle aspirait à s'intégrer dans une communauté où la tradition parlementaire prévaut. La solution aux problèmes de stabilité du système politique turc est sans doute en l'occurrence moins constitutionnelle que législative (réforme du mode de scrutin), politique (évolution des forces politiques vers plus de cohérence, accroissement de la fiabilité des coalitions gouvernementales) ou sociale (poursuite des mutations de la société civile).

### Conclusion

En tout état de cause, les incertitudes du système politique turc contemporain continuent à alimenter un débat sur des questions de fond auxquelles les gouvernants seront confrontés dans les prochaines années: fonctionnement de la démocratie, amélioration de la garantie des droits, avenir de la laïcité, réforme de l'État. Au début de ce nouveau millénaire, ce pays veut rompre avec le cercle vicieux qui, au cours des dernières décennies, l'a conduit de coups d'État en réformes constitutionnelles en passant par des périodes incertaines d'ouverture débouchant sur l'instabilité et la montée des forces religieuses (12). Profondément transformée au cours des deux dernières décennies par la libéralisation de son économie et par les mutations de sa société civile, la Turquie est à la recherche d'une démocratie représentative plus consensuelle et plus affirmée. Il ne s'agit pas d'abandonner l'État-nation laïque auquel les Turcs restent attachés dans leur majorité mais de retrouver aussi une identité trop souvent négligée par une soif de réforme et de modernisation. Plus que jamais ainsi, cette République entre Orient et Occident, doit inventer un système politique qui lui soit propre et qui lui permette d'affronter les mutations nationales et internationales en cours. Son expérience et sa culture constitutionnelles éprouvées sont sans doute les meilleurs gages de sa capacité à y parvenir.

---

(12) Cf. Aydin Ugur, État, religion et société civile en Turquie : la laïcité face à un projet communautariste islamiste, CEMOTI, N° 19, 1<sup>er</sup> semestre 1995 ; cf. Semih Vaner et autres, La Turquie en mouvement, Ed. Complexe, Bruxelles, 1995.

## LES NOUVEAUX DEVELOPPEMENTS EN MATIERE DE DROITS DE L'HOMME

**Silvio MARCUS-HELMONS**

(Louvain Katolik Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Müdürü-Belçika)

### I. L'évolution

La genèse des droits de l'homme fut un processus lent et s'étendit sur plusieurs siècles (1). Quant à l'expression elle-même, elle remonte naturellement à la Révolution française et à la fameuse proclamation des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Tous ces droits qui ont ainsi été dégagés et consacrés se rapportent à la catégorie des droits civils et politiques, catégorie qui par la suite fut baptisée «droits de la première génération».

Avec l'émergence de l'ère industrielle à la fin du XIXe siècle, il devint évident que l'être humain ne pouvait pas s'épanouir complètement s'il ne disposait que des droits civils et politiques: le droit à la vie et à la liberté, les droits judiciaires, la liberté d'expression et de religion, etc... tous ces droits sont insuffisants si l'individu croupit dans la misère, si un certain niveau de bien-être ne lui est pas garanti. Ainsi apparurent les droits économiques et sociaux, encore appelés «droits de la 2<sup>e</sup> génération».

Les atrocités de la Seconde Guerre mondiale eurent pour conséquence d'attirer l'attention de l'univers tout entier sur l'importance du respect des droits fondamentaux. Le résultat en fut la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, le

---

(1) On peut remonter au Code d'Hammourabi pour en trouver une première trace: voir S. Marcus-Helmons, «L'émergence des droits de l'homme dans la culture occidentale» dans *Cahier de droit et d'éthique de la santé*, Lyon juillet/août 1990, vol. 1, n° 2.

10 décembre 1948. S'il est vrai que cette déclaration n'a qu'une portée symbolique, puisque aucun mécanisme de protection contre d'éventuelles violations n'est prévu, il n'en demeure pas moins que ce texte se présente avec un double mérite: d'une part, il élève le respect des droits de l'homme au niveau international et, d'autre part, il amalgame les deux générations de droits de l'homme.

La Déclaration universelle des droits de l'homme a donné naissance à de nombreux traités de même nature (2) et, pour les droits fondamentaux, à un véritable engouement qui se manifeste encore aujourd'hui.

Cependant, dès qu'il a été question d'un approfondissement des droits fondamentaux et de l'instauration d'un contrôle efficace, on s'est limité aux droits civils et politiques. Ainsi, au sein du Conseil de l'Europe (Strasbourg), la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 ne protège que les droits de la 1<sup>ère</sup> génération. Pour disposer d'un texte consacrant les droits économiques et sociaux, il faudra attendre 1961, lors de l'adoption de la Charte sociale de Turin par cette même organisation internationale.

Si la protection des droits civils et politiques est très efficace à Strasbourg, on ne peut pas en dire autant de la Charte sociale. Certes, cette dernière a été révisée et complétée par la suite (3), mais elle demeure plus faible que la Convention européenne.

Quels ont donc ces résultats de la Convention ? D'abord, elle fait partie du droit interne des Etats qui l'ont ratifiée. Cela signifie qu'elle est directement applicable par toutes les juridictions nationales et peut être invoquée devant un juge interne par toute victime. Ensuite, en cas d'insuccès devant les juridictions nationales, elle prévoit un dernier

---

(2) Voir notamment, au niveau de l'ONU, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques; au niveau régional, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention américaine des droits de l'homme, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, etc.

(3) Charte sociale révisée, Strasbourg le 3 mai 1996.

recours devant une Cour internationale, dont les arrêts sont définitifs et obligatoires (4). Enfin, on peut ajouter que beaucoup d'Etats n'aiment pas voir leur législation condamnée trop souvent par cette Cour internationale et, en conséquence, lorsque une loi est jugée en violation avec un des articles de la Convention, ces Etats préfèrent modifier la législation pour éviter la répétition de semblables condamnations.

Rien de tel cependant avec les droits économiques et sociaux. Bien sûr, il y a aussi une procédure de contrôle et, le cas échéant, le vote de résolutions négatives mais, pour ces droits de la 2<sup>e</sup> génération, on retombe vite dans une situation plus conforme au droit international classique, où la souveraineté des Etats reste le facteur dominant.

Comment expliquer cette différence de traitement entre les droits de ces deux générations ?

En réalité, il y a plusieurs justifications. La première réside dans la maturation. S'il a fallu plusieurs siècles pour dégager les droits civils et politiques, une centaine d'années pour définir les droits économiques et sociaux semble un délai bien court. Mais il existe une explication plus importante encore: alors que les droits de la 1<sup>ère</sup> génération obligent surtout les Etats à un devoir d'abstention (5), les droits économiques et sociaux sont appelés «*droits de créance*» et exigent de l'Etat un devoir d'intervention, ce qui signifie des conséquences budgétaires parfois assez lourdes.

Même si les droits de la deuxième génération sont protégés de manière moins contraignante pour l'Etat, ils font actuellement partie de ces droits fondamentaux sans lesquels il n'y a pas de respect de la dignité humaine.

D'ailleurs de plus en plus de textes internationaux se réfèrent aux droits économiques et sociaux: après la Charte de Turin déjà mentionnée, il y a

---

(4) Article 46 de la Convention européenne.

(5) Devoir de ne pas interférer avec la liberté d'expression, de religion, d'association, etc. Néanmoins, la Cour européenne de Strasbourg a estimé qu'il n'y avait pas de véritable cloison étanche entre ces deux catégories de droits ( Arrêt Airey du 9 octobre 1979).

eu le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Charte des travailleurs de la Communauté européenne, la Charte sociale révisée de 1996 et maintenant cette Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Petit à petit, les Etats devront bien trouver les budgets nécessaires à la réalisation de ces droits économiques et sociaux, et accepter un contrôle international dans cette matière.

## II. Les nouveaux développements

### *A. Les nouveaux droits*

S'il est évident que les droits de l'homme doivent rester limités et se restreindre aux seuls droits fondamentaux, il est tout aussi vrai qu'avec l'évolution du temps et des modes de vie, d'autres dangers peuvent menacer la dignité humaine et, en conséquence, de nouveaux droits fondamentaux naissent.

Une inflation en matière de droits de l'homme risque de les désacraliser ; en effet, si tout est essentiel, on a vite tendance à conclure que plus rien ne l'est ! Il faut cependant se garder de croire que toutes les conventions internationales contribuent à allonger la liste des droits consacrés. Beaucoup de traités ne sont que l'explicitation détaillée de certains droits contenus dans des conventions antérieures (6). Malgré cela, le changement des circonstances oblige parfois à dégager de nouveaux droits pour protéger la personne contre certaines formes d'abus.

Ainsi sont nés les droits de la 3<sup>e</sup> génération que d'aucuns désignent par « les droits de solidarité » (7) : droit à la paix, droit à un environnement sain,

---

(6) Par exemple, la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants de 1984, la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, etc.

(7) K. Vasak, « Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre internationale des droits économiques et sociaux », dans *Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux ?*, Bruylant-Bruxelles et Vander-Louvain, 1073, p.12.



droit au développement. Serait-il concevable que les peuples puissent connaître l'épanouissement si on ne met pas un terme aux guerres incessantes qui ensanglantent les nations? L'humanité pourra-t-elle survivre au XXIIe siècle, si elle ne parvient pas à résoudre les graves questions qui se posent en matière d'environnement (8)? Et enfin est-il acceptable qu'un quart de l'humanité monopolise les trois quarts des richesses du monde? D'où le problème du droit au développement (9).

En énonçant cette 3<sup>e</sup> génération, nous entrons immédiatement dans une «querelle des Anciens et des Modernes». Outre l'argument de l'inflation déjà évoqué, les positivistes diront qu'il ne peut pas s'agir là de véritables droits de l'homme. En effet, ces juristes partent du postulat que tous les droits de l'homme sont des droits subjectifs. Or, les critères d'un droit subjectif ont été déterminés une fois pour toutes au cours des deux derniers siècles, estiment ces conservateurs. Et quatre conditions sont nécessaires pour être en présence d'un droit subjectif:

1. il faut que le droit soit clairement défini;
2. il faut que les bénéficiaires de ce droit soient connus;
3. l'organe ou le pouvoir qui doit assurer le respect de ce droit, doit être précisé;
4. l'instance juridictionnelle devant laquelle on peut tenter un recours en cas de contestation au sujet de ce droit, doit être déterminée.

En prenant par exemple « le droit au développement », on s'aperçoit que si certains des quatre critères existent, tous ne sont pas réalisés (10). Mais un tel argument permet-il de rejeter l'idée que le droit au développement soit un droit de l'homme? Quand les trois quarts de l'humanité réclament

(8) Il suffit de songer aux difficiles négociations en cours à la Conférence de La Haye de la mi-novembre 2000.

(9) Il ne faut pas confondre ce droit avec le droit du développement, qui est l'ensemble des institutions et des mesures pour aider les pays en voie de développement.

(10) K. M'Baye, « Le droit au développement est-il un droit de l'homme? » dans *Droits de l'homme et droit au développement*, Academia-Louvain la Neuve et Bruylant-Bruxelles, 1989, pp. 31-71.

avec acharnement un tel droit fondamental, nous estimons ne pas pouvoir l'écarter au prétexte qu'il ne répond pas aux critères d'un véritable droit subjectif (11). Nous sommes d'avis que, dans de telles circonstances, il faudrait éventuellement revoir la liste des critères d'un droit subjectif.

Les événements internationaux récents que nous connaissons montrent bien que la Charte de San Francisco créant l'ONU, n'a réussi à bannir la guerre que d'une manière assez limitée. Certes, il n'y a plus de guerre mondiale, mais les guerres locales et surtout les conflits internes n'ont pas cessé depuis un demi-siècle. Le droit à la paix est évidemment un droit fondamental pour toute personne.

Enfin, le droit à un environnement sain devient crucial si l'humanité veut survivre au cours des prochains siècles. La couche d'ozone diminue et risque de ne plus protéger efficacement contre les rayons nocifs du soleil. L'air devient pollué. Il en va de même pour l'eau des mers et des rivières. Certaines nourritures sont devenues dangereuses pour l'être humain. Et si le monde industriel pollue l'environnement par sa production, les pays en voie de développement – dans une moindre mesure - participent hélas à cette dégradation en négligeant de respecter la nature. Malheureusement, la conférence de La Haye de novembre 2000 a montré les limites des concessions actuelles de certains Etats.

Alors comment protéger ces trois catégories de droits? Leur définition serait assez aisée. Les bénéficiaires en sont l'humanité entière; il en va d'ailleurs de même quand il s'agit de déterminer les débiteurs de ces droits. C'est pourquoi, on parle à juste titre de «*droits de solidarité*». Pour compléter les critères de ces nouveaux droits subjectifs, il faudrait simplement une législation internationale contraignante, une force de surveillance (car il n'y a pas de droit sans gendarme) et éventuellement un ou des organes juridictionnels en cas de contestation. La Cour européenne des droits de l'homme a fait un effort remarquable dans ce sens et, pour

---

(11) S. Marcus-Helmons, « La contribution de la consécration internationale des Droits de l'Homme au développement du droit » dans *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Gazette du Palais et Litec-Paris, 1992, pp 227-237.

dégager un droit à un environnement sain dans une affaire portée devant elle, ses juges n'ont pas hésité à déclarer que la vie privée et familiale de l'article 8 avait été violée (12).

Nous venons d'évoquer les droits de la 3<sup>e</sup> génération, mais n'est-il pas temps de mentionner également les droits de la 4<sup>e</sup> génération: la protection de la dignité humaine contre d'éventuels abus de la science ou des nouvelles technologies (13)?

La science se développe dans tous les domaines et, d'une manière générale, contribue au bien-être de l'humanité. Mais ce serait une erreur de croire que toute évolution est nécessairement synonyme de progrès. Certains développements peuvent menacer l'acquis des droits de l'homme ou, pire encore, méconnaître la dignité humaine.

Prenons l'exemple de l'ordinateur: c'est une des grandes améliorations de notre vie quotidienne des dernières décennies. Mais d'abord, l'ordinateur contribue à rendre notre vie plus vulnérable. En effet, si cet appareil tombe en panne, il devient impossible d'encore retirer de l'argent de sa banque ou de réserver une place dans un avion et le médecin ne peut plus accéder au dossier médical de son patient. Et puis, il ya pire: avec l'énorme quantité d'informations que l'ordinateur engrange, avec la difficulté pour chaque individu de connaître tous les renseignements que l'ordinateur possède sur son compte, on risque de réelles atteintes à la vie privée.

Prenons un autre exemple, l'extraordinaire puissance des chercheurs dans le domaine biomédical. Là aussi, c'est un progrès indéniable pour la santé des êtres, mais des dérapages sont possibles. Au nom de la liberté scientifique, certains chercheurs se refusent à admettre des limites: ils sont gagnés par «*l'ivresse de la connaissance*». Une seule illustration suffira à démontrer la pertinence de ce propos.

Lorsque la brebis Dolly fut clonée, des déclarations solennelles et des résolutions furent immédiatement adoptées pour se réjouir de cette

(12) Affaire Lopez Ostra c. Espagne, arrêt du 9 décembre 1994.

(13) S. Marcus-Helmons « La quatrième génération des droits de l'homme » dans *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant-Bruxelles, 2000, pp 549-559.

technique, mais aussi pour interdire à tout jamais et avec force le clonage humain. Deux ou trois ans plus tard, cet interdit est écarté, d'abord sous prétexte d'une distinction admettant les «*effets bénéfiques*» du seul clonage thérapeutique, mais plus récemment en avouant que même le clonage reproductif peut susciter un intérêt. Par ailleurs, au cours de ce mois de novembre 2000, l'Office européen des brevets a même admis un dossier demandant la protection juridique pour des expériences consistant à ajouter des cellules humaines à un embryon d'animal, créant ainsi les premiers «*animaux chimériques*».

Nous ne voulons certes pas provoquer un nouveaux procès de Galilée, mais il nous semble dangereux de jouer à l'apprenti sorcier. Si demain on crée un individu à deux têtes, l'humanité en sera-t-elle plus heureuse? Il devient urgent de savoir jusqu'où on accepte d'avancer dans ce domaine. Il y a certaines limites à fixer pour sauvegarder le respect de la dignité humaine. De plus, il ne faut jamais oublier que la science n'est pas un fin en soi: elle doit toujours rester au service de la société.

Le Conseil de l'Europe en est conscient puisqu'il a adopté à Oviedo en 1997 une Convention sur le respect des droits de l'homme et de la biomédecine. Il devient temps, en effet, de songer à respecter les droits de la 4<sup>e</sup> génération, c'est-à-dire la protection de la dignité humaine contre d'éventuels abus de la science!

#### *B. Le droit d'intervention (14)*

L'univers se rétrécit en raison de l'extraordinaire développement des moyens de transport et des sciences de communication. Le monde est devenu un vaste village et le concept d'intérêt général traduit une réalité. La nécessité de respecter les droits humains fondamentaux devient une règle impérative d'ordre public international pour éviter les tensions et les troubles au sein de la communauté des nations. C'est une autre conséquence du phénomène de la mondialisation.

---

(14) S. Marcus-Helmons, «Le droit d'intervention, (un corollaire des droits de l'homme?» dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1992, pp. 471-481.

Il en découle une véritable limitation de la souveraineté des Etats. Lorsque dans une même localité, une maison trouble l'ordre public de manière grave et systématique, le propriétaire ne pourrait pas s'abriter derrière le principe du respect de la vie privée pour empêcher l'intervention de la force publique chargée du maintien de l'ordre. Il en va de même dans les relations internationales.

A partir du moment où l'univers est devenu un vaste village, tous les Etats se doivent de respecter les droits de l'homme universellement consacrés et, si cette règle est gravement violée, la souveraineté ne peut plus servir d'argument pour empêcher une intervention de la communauté internationale. Cette intervention peut prendre des aspects juridiques, diplomatiques ou économiques. Elle peut même revêtir la forme d'une action militaire dans les cas les plus graves.

Ce droit d'intervention a été légitimé à de nombreux niveaux. La doctrine a évidemment été la première à en justifier le principe (15). Malgré son souci de grande rigueur juridique peu favorable aux innovations hasardeuses, la plus haute juridiction internationale l'a admis (16). Des personnalités politiques l'ont approuvé et feu le Président Mitterrand a même été jusqu'à souligner qu'en cas de violation grave des droits de l'homme, la non-intervention de la communauté internationale pourrait s'interpréter comme non-assistance à personne en danger, ce qui est un délit dans la majorité des pays démocratiques (17).

Enfin, même la pratique internationale a confirmé cette évolution. Songeons notamment à *l'Opération Restore Hope* ou à *l'Opération turquoise*.

Pour éviter l'objection d'une intervention purement politique, le respect de certains critères s'impose évidemment. Ils sont au nombre de quatre, à notre avis. Ces interventions doivent:

(15) M. Bettati, « Un droit d'ingérence ? » dans *R.G.D.I.P.* t.95, 1991/3, pp.639-668.

(16) *Affaire des Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*, arrêt du 27 juin 1986, C.I.J. Recueil 1986, par. 220.

(17) Discours d'ouverture d'une session de la CSCE à Paris, le 30 mai 1989.

- être autorisées par une organisation internationale représentant l'intérêt général, (de préférence l'O.N.U.);
- être limitées dans le temps;
- être strictement proportionnées au but recherché;
- régler de manière définitive le problème pour lequel elles ont été prévues.

De nos jours, ce droit d'intervention ne connaît plus le succès antérieur. Selon nous, l'explication réside, non dans le fait que ce principe serait rejeté - nous estimons au contraire que sa justification demeure entièrement valable -, mais dans l'échec concret des quelques expériences qui ont été tentées. Cet échec s'explique essentiellement en raison de l'incapacité de ces opérations, jusqu'à ce jour, de résoudre de manière définitive le problème qu'elles étaient supposées régler. Il s'agit donc de trouver une réponse adéquate à cet aspect particulier du problème. Mais nous considérons que cette désaffection passagère ne porte nullement atteinte à la légitimité du principe.

Voilà en quelques paragraphes, les principaux développements récents en matière de droits de l'homme, en ce tournant de siècle et même de millénaire!

Qu'il nous soit permis, en guise de conclusion, de rappeler l'importance de ce critère du respect des droits humains fondamentaux dans leurs différents prolongements. A notre avis, les deux grands défis du XXIe siècle sont les problèmes des droits de l'homme et de l'environnement. Si l'humanité ne parvient pas à les résoudre, il se pourrait qu'il n'y ait plus de XXIIe siècle!

## LA CONFECTION D'UNE CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'UNION EUROPEENNE

**Prof. Dr. Jean ROSSETTO**

(François Rabelais Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı Tours-Fransa)

### AVANT-PROPOS

Cette communication a été rédigée dans les semaines qui ont précédé le sommet européen de Nice de décembre 2000; elle porte sur les conditions dans lesquelles, à la suite de l'initiative prise au sommet européen de Cologne en juin 1999 (1), a été préparé un projet de Charte des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union européenne.

Les résultats du sommet de Nice sont désormais connus. Ils se traduisent, comme cela était tout à fait prévisible, par la proclamation du projet de Charte arrêté lors du sommet informel des Quinze à Biarritz en octobre 2000 (2), sans intégration de celui-ci dans les traités européens; les Quinze ont néanmoins décidé que l'éventualité de cette intégration, dans une hypothétique future Constitution européenne, sous la forme par exemple d'un Préambule, fera l'objet d'une nouvelle réflexion à ouvrir sous la présidence suédoise à partir de janvier 2001.

Il n'entre pas dans notre intention de spéculer ici sur les chances de succès d'une pareille entreprise qui, selon les conclusions du sommet de Nice, devrait aboutir à l'horizon 2004. On voudrait simplement s'employer à rappeler ici les raisons pour lesquelles la rédaction d'un telle Charte est apparue comme une nécessité, tout en soulignant ensuite les difficultés juridiques qui ont été rencontrées, eu égard notamment à la portée qu'il convient de reconnaître à ce document. Ce sont donc ces deux points qui retiendront successivement notre attention.

---

(1) Il a en particulier été indiqué à ce moment là qu'il "conviendrait de réunir les droits fondamentaux en vigueur au niveau de l'Union dans une Charte de manière à leur donner une plus grande visibilité".

(2) Voir "Le Monde", 17-10-2000.

## I - LA NECESSITE D'UNE CHARTE

De nombreuses raisons militent en faveur d'une reconnaissance solennelle des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Depuis plusieurs années déjà, elles ont été mises en avant par certaines institutions européennes elles-mêmes. C'est ainsi que, dès le 5 avril 1977, une Déclaration commune proclame que *"le Parlement européen, le Conseil et la Commission soulignent l'importance primordiale qu'ils attachent au respect des droits fondamentaux tels qu'ils résultent notamment des Constitutions des États ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales"*. Quant à lui, le Parlement européen a exprimé son attachement au respect des droits fondamentaux, aussi bien dans sa Déclaration des droits et libertés du 12 avril 1989, que dans sa Résolution du 18 janvier 1984. Les préoccupations manifestées dans certains États membres (on songe en particulier aux arrêts *So lange* rendus en Allemagne par la Cour de Karlsruhe) vont également dans le sens d'une meilleure garantie européenne dans le domaine des droits fondamentaux. Plusieurs comités d'experts (3) réunis à l'initiative de la Commission européenne ont d'autre part exposé les raisons pour lesquelles il leur semblait désormais indispensable que l'Union se dote d'une sorte de *"Bill of rights"* inscrivant dans les traités un socle de droits fondamentaux. De ces multiples prises de position, il ressort que la nécessité de rédiger une Charte européenne obéit autant à des considérations juridiques que politiques.

### A - Considérations juridiques

1- C'est incontestablement dans les lacunes et insuffisances que comportent les traités communautaires en matière de droits fondamentaux qu'il faut rechercher la principale raison juridique justifiant la mise au point d'un document original et spécifique en ce domaine. Pour sa part, le traité de Rome se limite en effet à envisager, sur un terrain essentiellement économique, la liberté de circulation ainsi que

---

(3) Rapport du Comité des Sages, *"Pour une Europe des droits civiques et sociaux"*, Publications officielles des Communautés européennes; Luxembourg, 1996. Rapport du groupe d'experts en matière de droits fondamentaux, *"Affirmation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, il est temps d'agir"*, ib. , Luxembourg, 1999.



les principes de non-discrimination sur la base de la nationalité et d'égalité de traitement entre hommes et femmes; c'est pourquoi il incombait à la Cour de Luxembourg de développer à partir de la décennie 70 une jurisprudence (4) fondée sur la réception en droit communautaire d'un certain nombre de droits fondamentaux directement inspirés de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales signée à Rome en 1950 (ci-après CEDH).

Par la suite, le Préambule de l'Acte Unique Européen réalise une bien timide avancée en déclarant que les chefs d'Etat de la CEE sont "*décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les Constitutions et les lois des États membres, dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la Charte sociale européenne...*". En raison des critiques alors formulées à l'égard de la pusillanimité communautaire en la matière, le Traité de Maastricht précise ultérieurement en son article 6 (ex F§2) que "*l'Union respecte les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire*".

Cette formulation n'apporte cependant pas d'éléments nouveaux dans la mesure où elle revient en vérité à entériner les acquis jurisprudentiels dus à la Cour de Justice. C'est pourquoi il faut attendre le Traité d'Amsterdam pour enregistrer une évolution plus positive. A partir des dispositions combinées de son Préambule (5) et de ses articles 6 et 7 (6), on peut en effet soutenir que se dégage une ébauche de *Bill of rights* ayant vocation à

- 
- (4) Voir particulièrement, "*Internationale Handelsgesellschaft*", du 17-12-1970, 11/70, Rec., p.1125. "*Nold*" du 14-05-1974, 4/73, Rec., p.491.
- (5) Lequel exprime en ses 3° et 4° considérants "*l'attachement aux principes de la liberté, de la démocratie et du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales*" ainsi que "*l'attachement aux droits sociaux fondamentaux*".
- (6) le premier affirme que "*l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que*

gouverner toute l'action de l'Union (7). On observera en outre que, pour la première fois, référence est faite à des droits sociaux fondamentaux.

Quoi qu'il en soit, le Traité de 1997 ne consacre nullement l'existence d'un catalogue de droits fondamentaux propres à l'Union que celle-ci et ses États membres s'engageraient à respecter. Telle était pourtant la principale recommandation que les experts de la Commission appelaient de leurs vœux (8). S'agissant par ailleurs des droits sociaux fondamentaux, la prudence reste de mise puisque le Préambule ne proclame qu'un "attachement" à ceux qui sont définis dans la Charte sociale européenne signée à Turin en 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, tandis que l'article 136 du Traité CE indique seulement que les États membres en sont "conscients".

C'est dire que, en dépit de l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, une réelle difficulté subsiste quant à la possibilité de contrôler efficacement le droit communautaire dérivé qui méconnaîtrait certains droits fondamentaux dans la sphère européenne. Sans doute convient-il de ne pas trop surestimer ce problème dans la mesure où la jurisprudence de la Cour de Luxembourg a tissé un réseau serré de garanties, principalement sur la base de la CEDH (9). Mais il se trouve que, à défaut d'une adhésion pure et simple à cette convention, écartée par la Cour de Luxembourg en 1996 (10), il n'existe toujours pas de normes de références clairement identifiées permettant d'opérer un contrôle rigoureux dans le cadre communautaire. On peut de plus légitimement considérer que l'inspiration

---

*de l'Etat de droit, principes qui sont communs aux États membres*"; le second met en place une procédure de sanction à l'égard d'un État membre qui violerait ces principes de façon grave et persistante.

(7) En ce sens, Voir Henri LABAYLE, "Droits fondamentaux et droits européens", AJDA, 1998, n° spécial sur les droits fondamentaux, p.84. Frédéric SUDRE, "La Communauté européenne et les droits fondamentaux. Vers un nouveau système de protection". JCP, 1998, p. 110.

(8) Voir supra, note3.

(9) On ajoutera que la Cour européenne des Droits de l'homme de Strasbourg renforce ce dispositif en admettant aujourd'hui de contrôler la conventionnalité du droit communautaire. Voir, par exemple, sa décision *Matthews c/Royaume-Uni* du 18 février 1999, Requête n°24833/94).

(10) Avis 2/94 du 28-03-1996, *Rec.*, p.I-1579.

tirée de la CEDH s'avère insuffisante au moment où l'Union européenne élargit notablement ses compétences juridiques.

**2 -** De fait, l'extension des compétences de l'Union telle qu'elle résulte des Traités de Maastricht et d'Amsterdam implique la détermination d'un corpus de règles supérieures et diversifiées susceptible d'encadrer l'exercice de ces compétences nouvelles.

Cette exigence est déjà patente dans le cas du pilier communautaire à propos par exemple des questions relatives à l'environnement ou à la protection des données personnelles; sur ce dernier point, il serait sans doute opportun d'intégrer dans la future Charte certaines des dispositions de principe figurant dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (11): lors de l'adoption de la directive du 24 octobre 1995 sur le sujet (12), le Parlement européen, le Conseil et la Commission ont unanimement insisté sur le lien direct entre cette directive et la protection des droits fondamentaux.

Mais l'impact croissant des deuxième et troisième pilier sur la vie des citoyens européens (alors que la compétence de la Cour de Justice est en la circonstance plus réduite malgré les progrès réalisés dans le Traité d'Amsterdam) justifie que les droits fondamentaux soient également protégés dans ce secteur. On en veut pour preuve significative la mise en place de la coopération policière ainsi que la convention Europol. Tout à fait souhaitables, ces activités sont clairement de nature à porter atteinte à certains droits fondamentaux (présomption d'innocence, droit d'asile, etc...), et l'on doit dès lors se féliciter que le projet de Charte mentionne au moins ces deux exemples ( art. 48 et 18 ), même s'il faudrait à l'évidence se montrer plus ambitieux (13).

---

(11) Dite Convention de Strasbourg du 28 janvier 1981.

(12) JOCE, n° L 281 du 23-11-1995, pp.31-50.

(13) En s'inspirant de la Recommandation n°R (87) 15 du Conseil de l'Europe de 1987, concernant la réglementation de l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police.

Au delà des compétences nouvelles dévolues à l'Union, il convient aussi de se réjouir de la reconnaissance d'un certain nombre de droits nouveaux dans le projet de Charte. Cette modernisation confirme que les rédacteurs du texte ont su aller au delà d'une simple réécriture de la CEDH. Ceci se traduit notamment par des dispositions touchant à la bioéthique puisque le projet se prononce contre le clonage reproductif des êtres humains, sans évoquer cependant le clonage thérapeutique (art. 3).

## B - Considérations politiques

Non dépourvues de liens avec les arguments juridiques évoqués à l'instant, les considérations politiques motivant la confection d'une Charte européenne des droits fondamentaux prétendent contribuer pour leur part à la réalisation d'un grand dessein. Au travers de ce texte, il s'agit en effet de forger une véritable identité européenne mettant en exergue une série de valeurs et de principes démocratiques communs. Dans cette perspective, il est clair que la Charte constitue *"un indispensable instrument de légitimité politique et morale"*. (14)

1 - Cette entreprise comporte incontestablement une dimension externe. Affirmer des droits fondamentaux dans un texte solennel à la veille d'un large processus d'élargissement signifie, pour les pays candidats, que l'Europe à laquelle ils souhaitent adhérer sera vigilante sur les questions relatives aux droits de l'homme; pour ces pays, la Charte doit être perçue comme une exigence, et finalement comme une garantie démocratique. Plus généralement, une *"Union qui se dit liée et guidée dans ses politiques internes par le respect des droits fondamentaux doit, si elle veut rester crédible, considérer ces mêmes droits comme un principe directeur de ses relations extérieures"* (15) Deux éléments vont d'ores et déjà dans ce sens. L'art 177 §2 du traité CE dispose ainsi que la politique de la Communauté dans le domaine de la coopération au développement contribue à la *"consolidation de la démocratie et de l'Etat de droit, ainsi qu'à l'objectif du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales"*. Par ailleurs, les accords externes conclus par la Communauté avec les pays tiers

---

(14) Antonio Vitorino, Commissaire européen chargé de la justice et des affaires intérieures, "Le Monde", 14-09-2000.

(15) Rapport préc., note 3, Luxembourg, 1999.

contiennent fréquemment une clause de sauvegarde des droits de l'homme. Dans ce contexte, il est par conséquent souhaitable que l'Union, attentive au respect des droits fondamentaux à l'extérieur, fasse également la preuve de cette même préoccupation au plan interne sous la forme d'un texte solennel.

2 - La dimension interne de l'entreprise comporte des enjeux tout aussi décisifs. Le premier d'entre eux a été souligné à maintes reprises, à la fois par les groupes d'experts et par le sommet européen de Cologne: il s'agit de donner aux droits fondamentaux une plus grande visibilité (16). En partant du constat que les droits en cause sont dispersés, donc peu identifiables et dépourvus de transparence, l'objectif consiste à les regrouper dans un texte unique parfaitement accessible pour les citoyens et les ressortissants des Etats tiers installés sur le territoire de l'Union qui désirent en obtenir l'application. Il importe en l'occurrence de répondre à un "problème d'affichage" et de contribuer par là même à réduire le déficit démocratique qui affecte l'Europe des citoyens.

On admettra volontiers que l'ambition ainsi proclamée imposait que l'organe de travail préparant la Charte soit conçu en conséquence; à cet égard, il est heureux que le sommet de Cologne ait opté pour la création d'une "enceinte" (devenue "convention"), qui a permis la tenue d'auditions et de débats publics évitant la confidentialité d'une CIG (17). Sur un plan plus technique, on conçoit d'autre part aisément que l'exercice conduisait logiquement à puiser dans le fonds commun du patrimoine européen en matière de droits de l'homme pour aboutir à un catalogue précis. Sur ce point aussi, le Sommet de Cologne avait ouvert la voie en évoquant un certain nombre de textes que le Préambule du projet de Charte s'applique préciser: il s'agit des traditions constitutionnelles et obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union

---

(16) Voir note 1.

(17) Elle est formée d'un représentant de chaque chef d'Etat ou de gouvernement, un représentant de la Commission, seize représentants du Parlement européen, trente membres des Parlements nationaux, deux représentants de la Cour de Justice, deux représentants du Conseil de l'Europe, dont un de la Cour européenne des droits de l'homme.

européenne et des traités communautaires, de la CEDH, ainsi que des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, y compris les jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg (18).

Au sein de cet ensemble, la question des droits économiques et sociaux était de loin la plus problématique. Le sommet de Cologne s'était en effet montré particulièrement prudent à leur propos en invitant simplement à "prendre en considération des droits économiques et sociaux tels qu'énoncés dans la Charte sociale européenne et dans la Charte communautaire des droits sociaux des travailleurs (article 136 TCE) dans la mesure où ils ne justifient pas uniquement des objectifs pour l'action de l'Union". Reflet direct des vives réticences manifestées par certains États ( en particulier le Royaume-Uni ), cette formule restrictive tend en effet à ne retenir que certains droits, à condition qu'ils n'aient pas seulement vocation à légitimer des politiques communautaires. Il n'est pas question, autrement dit, de prendre le prétexte d'une référence à certains droits ( à l'éducation, à la famille, au travail, à la sécurité sociale...) pour créer et développer des politiques de l'Union en la matière. Il s'agit tout au contraire de les appréhender essentiellement comme des déclarations de principe non créateurs en tant que tels de droits subjectifs sans intervention subséquente du droit communautaire.

Cette vision fait évidemment bon marché de la mise en place d'un véritable modèle social européen souhaité par de nombreuses ONG et organisations syndicales européennes (19). Pour ces dernières en effet, les mutations structurelles du marché du travail et ses conséquences sur l'emploi, de même que la mondialisation de l'économie devraient normalement conduire l'Union à prendre des mesures de protection sociale pouvant aller jusqu'à l'institution d'un revenu minimum européen. Telles ne sont pas les perspectives tracées à Cologne ni les vues exprimées durant la négociation

---

(19) Voir, par exemple, "Propositions du Mouvement européen international, Objectifs 2002: Construisons ensemble l'Europe du XXI<sup>e</sup> siècle", p.12.

(18) La formule retenue dans le Préambule est plus large que celle proposée à Cologne qui n'évoquait ni les obligations internationales communes, ni la jurisprudence des Cours de Luxembourg et de Strasbourg, ni spécifiquement le Traité d'Union et les traités communautaires.

par certains États membres: Le Royaume Uni et l'Irlande n'ont levé leur opposition de principe à l'inclusion dans le projet de Charte de certains droits sociaux (il s'agit du chapitre IV du projet concernant "la solidarité") que fort tardivement (20); manifestement, ils ne s'y sont résolus qu'à partir du moment où ils ont acquis la conviction que la Charte ne serait pas dotée d'une réelle portée juridique.

Dans ces conditions, si l'on considère par ailleurs qu'il était dès le départ entendu que la Charte serait réalisée à "droit constant" sur la base du corpus juridique évoqué plus haut, on pouvait à juste titre estimer que sa valeur ajoutée serait sans doute bien faible, mis à part peut-être un meilleur "affichage" de l'existant. Lui reconnaître alors un simple caractère déclaratoire sans lui conférer une portée juridique contraignante pourrait incontestablement être "*source de désillusions et d'interrogations quant à l'intérêt de l'exercice*" (21)

## II - LA PORTEE DE LA CHARTE

L'interrogation sur l'effet juridique qu'il convient de donner à la Charte européenne des droits fondamentaux est très vite apparue comme une question centrale. Les positions divergentes des États membres sur le sujet explique qu'il n'a pas d'emblée été réglé dans les conclusions du sommet de Cologne, lesquelles indiquent seulement qu'il "*faudra examiner si et, le cas échéant, la manière dont la Charte pourrait être intégrée dans les traités*". Mais avant d'en venir précisément à cet aspect délicat, il n'est pas inutile de dire quelques mots du champ d'application de la Charte pour éclairer le débat.

### A - Champ d'application

1- S'agissant tout d'abord des personnes visées par les droits fondamentaux, une rédaction quelque peu maladroite des conclusions du sommet de Cologne laissait imaginer que les dispositions de la Charte seraient en vérité destinées aux seuls citoyens de l'Union. Après évocation

---

(20) Très précisément en septembre 2000, au moment de conclure le projet de Charte présenté à Biarritz. Voir, "Le Monde" du 14-09-2000.

(21) Rapport d'information déposé par la Délégation de l'Assemblée Nationale pour l'Union européenne sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 23-03-2000, n°2275.

de la CEDH en tant qu'élément d'inspiration, on y lisait en effet que *"la Charte doit en outre contenir les droits fondamentaux réservés aux citoyens de l'Union"*. Or, s'il est vrai que la proclamation des droits fondamentaux s'inscrit indubitablement dans le cadre de la citoyenneté européenne, une limitation à cette dernière est incompatible avec l'universalité d'un nombre considérable de droits fondamentaux. Sont en effet alors exclus du bénéfice de ces droits les travailleurs étrangers à l'Union régulièrement installés ou bien encore les ressortissants des pays tiers demandeurs d'asile.

Cette ambiguïté a heureusement été levée dans le projet de Charte puisque ses rédacteurs ont le plus souvent utilisé des expressions comme *"toute personne"* lorsqu'il s'agit des droits relatifs aux libertés fondamentales, ou *"tout travailleur"* lorsque sont en cause les droits économiques et sociaux. On peut toutefois regretter que si le droit d'asile est effectivement reconnu comme un droit fondamental, il n'est pas fait mention du droit au regroupement familial ( qui en est le corollaire ), et qui figure pourtant dans la Charte sociale européenne, tandis que le traité CE invoque lui même cette notion (22). En bonne logique, seuls les articles du projet touchant au "noyau dur" de la citoyenneté européenne, tels que le droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen et aux élections municipales, ainsi que la protection diplomatique et consulaire, s'adressent exclusivement aux citoyens de l'Union européenne.

**2 -** Concernant ensuite le champ d'application juridique proprement dit de la Charte, plusieurs précautions sont prises dans le projet (article 51) pour le circonscrire le plus nettement possible, afin d'une part de ne pas saisir l'occasion d'étendre les compétences communautaires, et de protéger d'autre part les compétences nationales des États membres.

Sur le premier point, le projet indique clairement que *"la présente charte ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour la Communauté et pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités"*. Destinée à rassurer ceux des États membres qui redoutaient un texte générateur de compétences nouvelles, la formule n'est sans doute pas inutile; mais le danger était-il bien réel dès lors qu'on légifèrait à "droit constant"? De plus, proclamer de la part de l'Union un droit fondamental

---

(22) A l'article 62 §3-a, à propos des normes relatives à la politique d'immigration.



n'implique pas automatiquement la naissance d'une compétence communautaire dans son chef; la liberté religieuse en fournit un exemple évident.

Autrement plus délicate était la possible mise en cause par la Charte des compétences nationales. Sur ce second point, le projet précise sans ambages que ses dispositions s'adressent aux institutions et organes de l'Union, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union. Par conséquent, la compétence de l'Union ne pourra normalement pas s'exercer lorsqu'un État agira sur la base de son droit interne à propos d'un droit fondamental. Il est néanmoins vraisemblable que ce partage théorique sera parfois source de difficultés. Des interférences sont en effet inévitables entre les compétences communautaire et nationale, ne serait-ce que parce que la mise en application de certains droits fondamentaux prévus dans la Charte ne pourra s'effectuer que par le biais de mesures nationales; on pense ici au droit à l'éducation dont le prolongement opérationnel relève de la compétence nationale ou du droit à une vie familiale alors que la notion de famille diffère selon les législations nationales...

Les rédacteurs de la Charte n'ont certes pas ignoré ce problème. Soucieux d'offrir des garanties aux États membres, ils ont ainsi pris soin de faire à deux reprises appel au principe de subsidiarité (23). Ils ont de surcroît plusieurs fois précisé que la mise en oeuvre des droits fondamentaux reconnus dans la Charte se réalisera conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. Au risque d'une éclatement ou d'une neutralisation des dispositions de la Charte, ce renvoi au droit national maintiendra donc au bénéfice des États membres un champ de compétence non négligeable, parallèle à celui créé par la Charte.

Il n'en demeure pas moins qu'une coordination permanente et minutieuse s'imposera obligatoirement. Elle devra s'exprimer par un renforcement du dialogue de juge à juge (qui requiert sans doute une modification des traités (24)) et dans la référence à des normes communes tirées de la

---

(23) Dans le Préambule, ainsi qu'à l'article 51.

(24) Par un aménagement des questions préjudicielles posées au juge communautaire par le juge national; mais le problème dépasse cette seule question. Voir infra, note 27.

CEDH et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. A cet égard, il est de bonne augure que les auteurs du projet de Charte se soient mis en devoir de rechercher une cohérence entre ses prescriptions et celles de la CEDH. Non seulement son Préambule affirme, comme on l'a vu, que les jurisprudences des Cours de Luxembourg et de Strasbourg sont elles aussi une source d'inspiration, mais surtout son article 52 dispose que *"dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention"*.

En cherchant à garantir de la sorte une unité d'interprétation du corpus juridique commun au plan européen (25), on ne peut que faciliter l'articulation entre les compétences de l'Union et celles de ses États membres, au moins pour les droits fondamentaux mentionnés à la fois dans la CEDH et dans la Charte. Les compétences nationales se sentiront en effet d'autant moins menacées par le droit de la Charte que celui-ci sera comparable à un droit déjà intégré dans l'ordre interne des États membres. Susceptible de donner encore plus de réalité à la notion de patrimoine européen commun dans le domaine des droits fondamentaux, cet aménagement des corpus juridiques semble dès lors logiquement supposer que la Charte emporte elle-même des effets juridiques...

## **B - Effets juridiques**

Comme il a été dit plus haut, le point de savoir si la Charte doit ou non avoir une portée contraignante est demeuré en suspens au sommet de Cologne. C'est donc au Conseil européen de Nice d'en décider, en l'intégrant ou pas dans les traités européens. A défaut de cette intégration, elle prendrait la forme d'une simple déclaration solennelle à la manière de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avant sa réception dans le bloc de constitutionnalité.

---

(25) Cette initiative s'imposait pour surmonter les possibles divergences de jurisprudence à partir du moment où la CEDH devait directement inspirer la Charte dans plusieurs de ses articles; elle a bien sûr ses limites tenant à la souveraine appréciation des normes par les deux juridictions en cause; il faut donc souhaiter que se poursuive la coopération informelle déjà développées entre elles.

1 - Plusieurs arguments plaident en faveur d'une intégration de la Charte dans les traités. Outre la fâcheuse impression que l'Union se montre décidément incapable d'aller au bout de ses ambitions sur un sujet capital et hautement symbolique, la solution contraire rendrait l'exercice quelque peu théorique et vain. A quoi bon s'attacher à la visibilité des droits fondamentaux à destination des citoyens si ceux-ci ne peuvent pas effectivement s'en prévaloir? La situation confinerait même au ridicule puisque le projet prévoit un droit à un recours effectif inspiré de l'article 13 de la CEDH (26) et ne donnerait pas dans le même temps aux intéressés les moyens de l'exercer en l'espèce. Bref, on l'aura compris, il importe d'assurer la justiciabilité des droits fondamentaux énoncés dans la future Charte, et cela nécessite de lui attribuer une valeur contraignante.

Cette justiciabilité se conçoit d'ailleurs de deux façons différentes. Il est possible d'imaginer d'abord une justiciabilité normative qui obligerait seulement l'Union à protéger un droit donné sans en faire un droit subjectif en tant que tel. Par exemple, la proclamation du droit au logement, sans impliquer pour autant un droit à un logement, signifierait que les réglementations communautaire ou nationales ne sauraient supprimer les aides au logement. A son niveau le plus bas, cette justiciabilité normative pourrait même se limiter à une obligation passive de non-violation sans être créatrice d'obligations particulières à la charge de l'Union; il en est ainsi à l'article 34 du projet qui indique que *"l'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans les cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi..."*.

On conviendra qu'une formulation de ce type n'est guère satisfaisante en raison du faible engagement qu'elle exprime. C'est pourquoi la justiciabilité juridictionnelle est à juste titre considérée comme bien plus favorable à la garantie des droits fondamentaux. Avec elle en effet, les destinataires se

---

(26) Art. 47 du projet.

trouvent véritablement en mesure de défendre les droits subjectifs qui leur sont reconnus devant les tribunaux, et la Charte entre alors de plain - pied dans la sphère juridique. L'embarras vient cependant du fait que le droit positif ne comprend pas l'arsenal juridique adéquat. Les recours existants dans le traité CE ne sont normalement pas ouverts aux particuliers ou sont inadaptés au cas particulier, sauf à considérer l'hypothèse du recours en annulation prévu à l'article 230 du traité CE; mais, ainsi que l'a souligné la Cour de Justice, *"il n'est ouvert aux particuliers qu'à l'égard des actes qui les concernent directement et individuellement"* et s'avère insuffisant *"pour leur garantir une protection juridictionnelle effective contre les atteintes à leurs droits fondamentaux"* (27).

Autant dire que l'intégration de la Charte dans les traités ne permettrait pas de faire l'économie d'une réforme des recours juridictionnels; il s'agirait non seulement de fournir aux individus des moyens efficaces pour faire valoir leurs droits, mais aussi de réfléchir plus globalement à la complexité des systèmes de recours, aux compétences contrastées de la Cour de Justice dans les trois piliers... Indispensable à terme, l'ouverture d'un tel chantier montre bien que l'intégration de la Charte dans le droit communautaire emporterait des conséquences juridiques majeures.

2 - Sachant toutefois que la probabilité d'une intégration de la Charte dans les traités est très limitée lors du sommet de Nice, doit-on en conclure que l'entreprise a tourné court et qu'elle ne présente qu'un médiocre intérêt? Ce point de vue est soutenable, car on peut en effet estimer que la frilosité des États, conjuguée aux insuffisances du texte dénoncées ici ou là (28), débouche en fin de compte sur une vague proclamation solennelle dépourvue d'intérêt pratique qui décevra l'attente de l'opinion publique. Une fois encore, une occasion de réduire le déficit démocratique n'aura pas été saisie. Plus gravement, l'exercice s'analyserait comme une régression puisque les droits proclamés sont généralement de droit positif dans les

---

(28) Voir, par exemple, "le Monde", 3/4-12-2000.

(27) Rapport préc. de la Délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, p.27.

textes dont ils sont extraits; Enfin, l'Union, qui s'érige volontiers en modèle, se déconsidérerait vis à vis de l'extérieur.

Il est en revanche loisible de prétendre que le texte élaboré au cours de l'année 2000 *"paraît revêtir, de par ses termes mêmes, un caractère contraignant"* (29). Les droits fondamentaux y sont énoncés, *"à la manière française, au présent impératif"* (30). Cela résulte tout simplement de la décision prise d'emblée par la *"Convention"* de faire *"comme si"* le texte en préparation devait au final se voir conférer un caractère contraignant. Dans cette perspective, peu importerait que la Charte ne figure pas dans les traités; porteuse de dispositions formulées de façon impérative tirées de textes en vigueur eux mêmes dotés d'une incontestable portée juridique, expression d'un consensus sur des valeurs communes approuvé par la Commission et le Parlement européens, elle disposerait d'une autorité telle que les Quinze seraient amenés à en tirer les conséquences. Autrement dit, la dynamique lancée par la rédaction de la Charte devrait naturellement conduire à son intégration formelle dans le droit communautaire à brève échéance. De là à considérer que le processus ainsi amorcé comporte une dimension pré-constituante, c'est sans doute aller un peu trop vite en besogne. Malgré son nom, *"la Convention"*, n'avait pas pour tâche - les gouvernements n'y sont pas prêts - d'élaborer un texte de nature constitutionnelle. Admettons tout de même que le document issu de ses travaux pourrait bien avoir rapidement valeur supralégislative.

---

(29) Laurent COHEN-TANUGI, *"Un succès pour l'Europe"*, *"Le Monde"*, 8/9-10-2000.

(30) Ibid.

## DROITS ET LIBERTÉS DANS LES CONSTITUTIONS D'ASIE DU SUD-EST FRANCOPHONE

**Prof. Dr. Michel Louis MARTIN**

(Toulouse Üniversitesi Siyasal Bilimler Enstitüsü)

L'un des aspects majeurs de la recomposition de l'ordre international contemporain est la dislocation des systèmes politiques marxistes-léninistes presque partout dans le monde. Après des remises en cause idéologiques et institutionnelles fondamentales, ces États en sont venus à se doter de formes de gouvernement participant des normes libérales dominantes. Le mouvement est plus particulièrement sensible dans les pays d'Europe centrale et de l'est ainsi que d'Afrique subsaharienne, que ces transformations les fassent se soustraire à des autoritarismes à connotation monopartiste pour les premiers ou prétorienne pour les seconds, la plupart empreints de nationalisme. Ce qui marque leur évolution au plan institutionnel, c'est l'introduction dans des constitutions très classiques, généralement de type parlementaire avec quelques éléments de présidentielisme, de mesures apparaissant d'autant plus progressistes qu'elles visent à une mise en phase avec les exigences imposées par des normes dérivées d'un modèle démocratique parvenu au degré ultime de son élaboration, tel qu'il fonctionne dans les pays les plus développés, tant du point de vue du contenu des droits que de celui de leurs destinataires. Les déclarations de droits introduites dans ces nouvelles lois fondamentales, domaine où naturellement il est sans doute plus facile de sacrifier à la modernité sans que cela ne porte trop à conséquence, témoignent nettement de ces évolutions.

En Extrême-Orient pourtant, le Cambodge est actuellement le seul État qui ait vécu une telle transformation. Tous les autres régimes communistes ont subsisté : la Chine populaire, la Corée du nord, le Laos et le Viêt-nam. En revanche, aussi pérenne que prétende être le cadre

idéologico-politique qui les structure, ces systèmes ont été contraints d'évoluer. En raison des expériences soviétiques du début de la décennie 1990 d'une part, et des mutations intervenues dans les rapports de forces et les équilibres régionaux d'autre part, ils ont été conduits à faire une certaine place à des valeurs et à des mécanismes qu'ils considéraient, il y a peu de temps encore, comme relevant plutôt du capitalisme et de la démocratie bourgeoise. Ceci est perceptible dans la reconnaissance du secteur privé de l'activité économique, comme dans l'affirmation de diverses libertés participant de normes en honneur à la fin du XIXe siècle.

C'est dans cette perspective, celle du constat d'un certain isomorphisme en matière de droit et de liberté, dont sont porteurs tant les systèmes demeurés communistes mais souscrivant quelque peu aux valeurs bourgeoises, que ceux qui ont accédé à la démocratie libérale tout en manifestant leur caractère progressiste, qu'il apparaît intéressant de comparer les trois nouvelles constitutions de l'Asie francophone promulguées au début des années quatre-vingt-dix, celles de la République démocratique populaire lao, de la République socialiste du Viêt-nam et celle du Royaume du Cambodge.

D'autres facteurs, par ailleurs, militent en faveur de ce choix. Ils sont historiques et politiques tant le destin respectif de ces trois pays est étroitement lié pour des motifs qui ne tiennent pas seulement à la géographie : le Cambodge et le Laos ont joué un rôle d'appoint mais non négligeable dans la guerre du Viêt-nam en servant de point de passage pour les troupes venues du nord ; c'est le Cambodge, placé en un site plus stratégique, qui a subi les contraintes les plus lourdes liées à cette aide en grande partie imposée, du fait d'abord de l'intervention américaine puis de l'invasion vietnamienne, conduisant les Cambodgiens à craindre durablement les réactions de leur puissant voisin vietnamien ; pour sa part le Laos, même s'il n'a pas fait l'objet d'invasion comparable a été entraîné dans le grand mouvement de communisation qui a submergé toute l'ancienne Indochine après la chute de Saïgon.

Il est également des raisons idéologiques de regrouper ces trois pays puisque les mêmes valeurs dominantes s'y sont successivement imposées, encore que de façon non parallèle : tandis que le Viêt-nam et le Cambodge

connaissaient des évolutions en quelque sorte croisées, le Laos se transformait progressivement selon des modalités correspondant à son génie propre, c'est-à-dire de façon moins dramatisée que chez ses voisins et selon un rythme de flux et de reflux. Pour sa part, le Viêt-nam du nord fit d'abord figure d'îlot communiste dans une péninsule indochinoise où le Cambodge s'affirmait au contraire comme un lieu privilégié de neutralité, épargné par la guerre affectant ses voisins avant de devenir, avec les Khmers rouges, le berceau de la plus extrême radicalité. Par la suite, tandis que le Kampuchéa sacrifiait à son utopie meurtrière, le Viêt-nam désormais réunifié venait à être considéré comme l'élément stable de la région avec un régime indiscuté, fort de ses victoires successives contre la colonisation française puis contre l'impérialisme américain. Lancé dans un processus de modernisation apparemment efficace, le gouvernement d'Hanoi s'estimait légitimement investi d'un rôle de police sur ces voisins.

Récemment encore, la situation s'est de nouveau inversée, le Viêt-nam demeurant communiste tandis que le Cambodge ressuscitait une monarchie que son titulaire lui-même, le prince Sihanouk, avait "républicanisée" dès les années cinquante. Le Laos pour sa part a presque continuellement subi les conséquences des combats menés au Viêt-nam que ce soit contre les Français puis contre les Américains : ayant acquis sa pleine indépendance avec la fin de la colonisation après Diên Biên Phu, il fait figure de lieu de combat beaucoup moins déterminant donc moins sanglant que le Viêt-nam. L'aptitude de la famille royale à placer des représentants dans chacun des camps symbolise la capacité des Laotiens à gérer la crise majeure qui était à leur porte en évitant les convulsions les plus dangereuses. Ce souci s'est retrouvé lors de l'installation du régime communiste qui ne s'est pas accompagné des excès constatés ailleurs.

Enfin le dernier élément conduisant à rapprocher ces trois chartes fondamentales est la quasi simultanéité de leur apparition, à guère plus de deux ans d'intervalle, la première chronologiquement adoptée à l'unanimité par l'Assemblée populaire suprême de la République démocratique populaire lao le 14 août 1991, la deuxième également à l'unanimité par l'Assemblée nationale de la République socialiste du Viêt-nam le 15 avril 1992, la troisième par 113 voix, contre cinq et deux



abstentions, par l'Assemblée constituante du Cambodge le 21 septembre 1993. Votés presque simultanément, ces trois textes au surplus sont de taille inégale: 147 et 139 articles respectivement pour les documents vietnamien et cambodgien et 80 seulement pour le laotien.

Du point de vue de la tonalité générale, la constitution vietnamienne marque, selon la logique communiste, une étape dans l'évolution du pays afin de s'adapter aux "nouvelles conditions historiques". C'est ainsi que la présentent, tant la note introductive de l'édition officielle en langue étrangère, que le préambule qui l'intègre dans la ligne de ses prédécesseurs de 1946, 1958 et 1980. A l'opposé, le texte cambodgien, comme il se doit dans les régimes constitutionnels procédant plus ou moins de la tradition libérale du XVIIIe siècle, se place par son préambule dans la continuité d'une histoire millénaire dont il se veut un point d'aboutissement stable après des soubresauts qui font simplement figures de parenthèses, tout en entendant engager l'avenir en proportion de ce qu'il intègre le passé. Le document lao, quant à lui, semble occuper une place médiane: comme au Viêt-nam, il se veut fidèle au système des démocraties populaires dans sa présentation, mais l'ordre des chapitres évoque davantage une constitution correspondant aux canons de la démocratie libérale; comme au Viêt-nam encore, il fait allusion dans le préambule à l'arrivée d'une "étape nouvelle [qui] requiert que notre État possède une Constitution", mais comme au Cambodge, il se situe dans une longue tradition historique, de plus de six siècles.

**"Il vaut de noter que ce préambule, faisant allusion aux guerres de libération menées contre la France puis contre les États-Unis, se réfère non seulement au Parti populaire révolutionnaire lao mais également au parti communiste indochinois dont les rédacteurs ont éprouvé le besoin de préciser que sa direction avait été "correcte".**

S'agissant de l'aspect plus révélateur des droits et libertés, qui est l'objet de la présente étude, les chapitres des déclarations qui y sont consacrés et auxquels il faut d'ailleurs ajouter quelques dispositions éparses sur le même thème mais situées ailleurs, sont également assez comparables par leur taille : articles 21 à 38 pour le Laos, 49 à 82 pour le Viêt-nam et 31 à

55 pour le Cambodge. Toutes trois se rejoignent aussi par la volonté de donner des garanties ou en tout cas des apparences de garantie d'une part aux mouvements qui, notamment à l'intérieur, réclament l'installation d'un régime plus démocratique que dans le passé (I), d'autre part, aux forces qui, entre autres au plan international, se font les avocats d'un système économique donnant plus ou moins d'importance au libre marché et à la concurrence (II).

### I. Les droits garantissant un nouveau libéralisme politique

Ces droits forment en quelque sorte les radicaux de la citoyenneté démocratique et, comme tels, les préalables à l'État de droit. Ils incluent les sûretés personnelles, le droit de propriété, les libertés d'opinion et de circulation ainsi que le droit de vote. A cet égard, la marge de manœuvre des constituants d'Asie francophone était limitée par diverses *exigences internationales*. Il s'agit par exemple pour le Cambodge des stipulations de l'annexe 5 des Accords de Paris dont l'article 2 indique que "la tragédie que le Cambodge a vécu récemment exige que des mesures spéciales soient prises pour assurer la protection des droits de l'homme". Parmi ces protections sont énumérés le droit de vie, la liberté personnelle, la sécurité, etc. Un peu plus loin l'article 5 de la même annexe s'efforce de faire en sorte que ces droits ne demeurent pas théoriques en prévoyant qu'il sera établi "un pouvoir judiciaire indépendant, habilité à faire respecter les droits garantis par la constitution". Pour le Laos et le Viêt-nam, la pression internationale a revêtu une forme plus diffuse par le biais notamment des valeurs désormais préconisées par les États industriels et les grands organismes financiers, conditionnant leur assistance avec la mise en œuvre d'un minimum de réforme politique en vue de la réalisation d'un État de droit. Même si personne ne se méprend sur la philanthropie des bailleurs de fonds étrangers, le fait que ces pays, le Viêt-nam surtout, constituent une composante économiquement prometteuse du sous-continent asiatique, est un atout dont les dirigeants pourraient considérer qu'il serait aberrant d'en compromettre le bénéfice par un déficit démocratique trop marqué.

Pour en venir à l'analyse proprement dite des dispositions constitutionnelles, on observe tout d'abord que dans les trois cas, la

*liberté d'opinion* est évidemment admise et proclamée. Dans les trois cas également, elle s'accompagne de la liberté de parole, de presse, de publication et de réunion. Dans les trois cas enfin, une place importante est faite à la liberté religieuse (art. 30 lao, 69 et 70 vietnamien et 41 à 43 cambodgien). S'agissant de différences, qui sont quelquefois un peu plus que des nuances, le texte cambodgien, de façon très réaliste, renvoie à la loi pour fixer le régime de la presse (art. 41-2); par ailleurs, il fait la part belle à la religion en présentant le Bouddhisme comme la religion de l'État, ce qui n'interdit pas d'admettre d'autres croyances (art. 43). A l'inverse, les articles laos et vietnamiens, tout en se référant pour l'ensemble de ces libertés aux dispositions de la loi, font preuve de quelques réticences à l'égard de la religion en soulignant également la possibilité de "n'en pratiquer aucune" (Laos), ou "de ne pas embrasser une confession quelconque" (Viêt-nam), en interdisant d'utiliser les divers aspects de la liberté d'opinion "en contradiction avec les normes de la loi" (art. 31 lao) ou de profiter de la liberté de croyance "pour agir contrairement (...) aux politiques de l'État", tout en affirmant que "les religions sont égales devant la loi" (art. 70-1 vietnamien). Le constituant laotien adopte à l'égard du Bouddhisme une formule à la fois protectrice et menaçante dans la mesure où il est annoncé que l'État "respecte et protège les activités légales des pratiquants" de cette religion comme des autres, "mobilise et encourage les membres du clergé" de cette religion comme des autres, "à participer aux activités servant les intérêts de la patrie et du peuple", et en revanche interdit tout ce qui peut diviser "les religions et (...) le peuple" (art. 9).

Autre liberté classique, héritée du XVIIIe siècle au point de faire figure chez certains pères fondateurs de quasi-critère du libéralisme d'un régime: *la sûreté* dont chacun doit pouvoir jouir sous la garantie des tribunaux. Les textes vietnamien et cambodgien sont de ce point de vue les plus développés. Ils interdisent "toute forme de persécution, de torture, d'atteinte à l'honneur et à la dignité humaine" (art. 71-3 vietnamien) ou "toute violation corporelle d'un individu", tandis qu'il est ajouté que "la loi protège la vie et l'honneur des citoyens" (art. 38 cambodgien) ; dans les deux espèces aussi, la présomption d'innocence est affirmée tant qu'il n'y a pas eu de jugement définitif prononcé par un tribunal en respectant des

règles de procédure protectrices de l'accusé (art. 71-2 et 72-1 vietnamien et 38 cambodgien). La constitution lao pour sa part se borne à reconnaître à ses citoyens la jouissance "du droit à l'inviolabilité de leur personne et de leur domicile", précision apportée qu'il ne peut y avoir d'arrestation ou de perquisition que sur décision "de l'autorité compétente" ou dans les "cas déterminés par la loi", ce qui est médiocrement protecteur (art. 29).

En des termes très proches, il est reconnu aux citoyens des trois pays le droit de dénoncer et de déposer plainte contre les activités illégales des organismes d'État ou des structures collectives (art 28 lao, 74 vietnamien et 39 cambodgien). Il vaut de noter que, tandis qu'au Cambodge qui par ailleurs édicte que la peine de mort ne doit pas exister (art. 32-2), le jugement et la réparation sont de la compétence des tribunaux, au Viêt-nam la question est tranchée "par l'organisme d'État compétent"; l'on peut s'interroger sur les garanties qu'un particulier est en droit d'attendre de cette dernière disposition. Pour ce qui est du Laos, il tient ici encore cette position intermédiaire déjà soulignée : si le texte accepte de consacrer un chapitre entier aux "organes judiciaires", comme dans une constitution libérale classique, les garanties qui y figurent sont fort limitées, étant notamment entendu que les juges sont "nommés ou révoqués par le Comité permanent de l'Assemblée nationale" (art. 67).

Il en va un peu de même pour ce qui est de *la liberté d'aller et venir*. Les trois lois fondamentales, en effet, reconnaissent à leurs ressortissants la possibilité de se déplacer et de choisir librement leur résidence (art. 27 lao, 68 vietnamien et 40 cambodgien). Toutes trois également terminent en soulignant, selon des formules variées, que ces activités doivent s'exercer dans le cadre de la loi. A remarquer que pour une fois proches, les textes vietnamien et cambodgien prévoient explicitement la possibilité de quitter le pays et d'y revenir. A ce dernier égard, on peut se demander quelle interprétation privilégier, si l'omission de ce droit d'expatriation ou de retour au pays au profit des Laotiens est le signe d'une moindre protection, ou en tout cas d'un plus grand laconisme de la loi fondamentale, ou si à l'inverse, le droit d'expatriation et de retour au pays des Cambodgiens et des Vietnamiens traduit dans ces pays une situation plus difficile, héritage de guerres civiles plus rudes.

Pour le *droit de vote*, à peu près la même différence qu'à propos de la liberté de circulation se donne à constater. La constitution khmère est très classique avec un droit de vote reconnu à partir de 18 ans et celui d'être candidat fixé à 25 ans, ainsi que le renvoi à la loi électorale pour ce qui est des modalités pratiques (art. 34). Celle du Viêt-nam se montre plus embarrassée, donc plus longue, avec un article 53 reconnaissant au citoyen le droit de "participer à la gestion de l'État et de la société", sous forme de débats, de propositions ou par le biais de référendum, tandis que l'article suivant place le droit de vote à 18 ans et de candidature à 21 ans en accumulant les développements sur tous les éléments "d'appartenance ethnique, de sexe, d'extraction sociale, de croyance, de religion...", qui ne doivent pas entrer en ligne de compte en matière de choix politique, mais en terminant par une allusion renvoyant ici encore "aux dispositions de la loi". La constitution lao est de la même veine : droit de vote à 18 ans et de candidature à 21 ans avec un développement sur les éléments à ne pas préjuger sur le plan politique, tels le sexe, la condition sociale, le niveau d'instruction, les croyances ou l'appartenance ethnique (art. 21 à 23). A noter de ce dernier point de vue, une singulière et récurrente allusion au caractère "pluriethnique" du pays (art. 1, 2, 7, 8, 13, etc.).

Les mêmes nuances que pour les libertés politiques et de circulation se retrouvent pour la *propriété*. Les trois lois fondamentales la reconnaissent, mais la version cambodgienne est naturellement marquée de moins d'arrière-pensée. C'est au point que s'y retrouvent des termes visiblement empruntés à la déclaration française de 1789, surtout à propos de l'expropriation qui "n'est possible que pour des raisons d'utilité publique autorisées par la loi, sous réserve d'une juste et préalable compensation" (art. 44 cambodgien). Il est vrai que le même développement réserve la propriété foncière aux personnes physiques ou morales de "nationalité khmère". Encore cette disposition est-elle ambiguë, empreinte de conceptions remontant au XIXe siècle, c'est-à-dire impliquant que c'est la propriété de la terre qui est la plus importante ; elle ne correspond donc que très médiocrement à la hiérarchie contemporaine des priorités en matière d'investissements économiques. Par ailleurs, le fait de parler de personnes morales de nationalité khmère pose la question des sociétés possédées par les étrangers mais de statut national. Il

convient de mentionner enfin une singularité dans la formulation, peut-être imputable à la traduction, puisque l'alinéa deux indique que "la propriété privée légale est placée sous la protection de la loi".

Les constitutions vietnamienne et lao, quant à elles, font preuve d'une certaine dose d'hésitation tout en demeurant visiblement soucieuses d'accroître la part du secteur privé. L'article 17 vietnamien énumère de façon très détaillée, l'ensemble de ce qui relève de la propriété "de tout le peuple": les terres, les forêts, les montagnes, les fleuves, les lacs, etc. L'article 15 lao s'étend sur les diverses formes de propriétés : droit de possession, droit d'usage, droit de cession, droit de succession. Concernant les terres qui paraissent être considérées ainsi qu'au Cambodge, comme un enjeu très important, c'est l'État au Viêt-nam qui en assure la gestion en les confiant à des organisations ou à des particuliers (art. 18), c'est la communauté nationale au Laos qui en est propriétaire mais il revient à l'État d'en garantir "les droit d'usage, de succession et de cession" (art. 15). Au reste, les particuliers peuvent, au Viêt-nam, bénéficier d'une "utilisation stable à long terme", avec possibilité même de céder ce droit d'usage, susceptible par voie de conséquence de faire progressivement naître une sorte de propriété privée. Ces articles sont suffisamment importants pour que le texte y revienne un peu plus loin, au moment de définir le droit de propriété reconnu aux citoyens sur ses revenus légaux, ses épargnes, ses habitations, ses moyens de consommation et de production... (art. 58). Comme dans la constitution cambodgienne mais avec une formulation plus élégante, il est précisé que "l'État protège le droit de propriété légale". Finalement, si ces précisions procèdent de toute évidence du souhait de reconnaître une part plus grande à l'initiative privée, c'est surtout dans les articles consacrés aux droits socio-économiques modernes, ouverts sur le libre marché et la concurrence, tout en protégeant contre les inégalités et les déviations qui peuvent en résulter, qu'elle se réalise.

## II. Les nouveaux droits socio-économiques

Il s'agit ici des composants les plus récents constitutifs de la citoyenneté démocratique au stade actuel de son évolution. Les premiers parmi ceux-ci relèvent de la liberté économique dont la légitimité a été dopée par

l'échec des économies socialistes et les succès concomitants du capitalisme; à tel point d'ailleurs que son principe se révèle aujourd'hui l'une des exigences imposées par les grands bailleurs de fonds, à la coopération et au commerce international.

La présentation des *droits du et au travail* dans chacune des chartes est somme toute moins divergente qu'il pourrait l'être supposé. Le texte cambodgien les expose d'une façon en fait classique, c'est-à-dire avec une terminologie qui correspond aux valeurs reconnues par la société occidentale: "Les citoyens khmers des deux sexes ont le droit de choisir un métier selon leur capacité et selon les besoins de la société" (art. 36). La constitution vietnamienne, elle, reste fidèle à une certaine forme de rigidité: "Le travail est à la fois un droit et un devoir du citoyen" (art. 55). Quant au Laos, il est encore une fois intermédiaire entre les deux autres, à la fois plus libéral que le Viêt-nam et moins favorable à l'économie de marché que le Cambodge: "Les citoyens lao ont le droit au travail et à l'exercice des professions qui ne sont pas interdites par la loi" (art. 26). Les développements suivants sont en revanche assez semblables d'un pays à l'autre. Au Cambodge, ils imposent une rémunération identique pour un même travail quels que soient le sexe et le lieu de travail, ainsi que, pour tous, le bénéfice des assurances sociales, de l'appartenance à un syndicat et du droit de grève et d'organisation de manifestations pacifiques "dans le cadre de la loi" (art. 36 et 37). Au Laos "les travailleurs ont le droit au repos, le droit de recevoir des soins médicaux en cas de maladie et le droit à l'assistance en cas d'incapacité de travail, d'invalidité, de vieillesse et d'autres cas déterminés par la loi" (art. 26). Au Viêt-nam, il est requis de l'État de fixer "la durée de travail, le régime des salaires, le régime de repos et le régime d'assurances sociales pour les fonctionnaires de l'État et les salariés", ainsi que d'encourager, comme si cela ne suffisait pas, "le développement d'autres formes d'assurances sociales au profit des travailleurs" (art. 56). Ces considérations ainsi que d'autres articles portant sur les responsabilités publiques en matière de croissance économique (l'article 112-4, par exemple, énumère parmi les tâches du gouvernement, "la gestion unifiée de l'édification, du développement de l'économie nationale...") pourraient laisser croire au maintien d'un système largement collectiviste.

En ce qui concerne le système économique, la charte vietnamienne établit une distinction intéressante entre trois types de structures de production et de commerce: l'économie d'État à laquelle est reconnu un rôle directeur au plan national mais qui est cantonné "surtout dans les branches et domaines clefs" (art. 19); l'économie collective organisée "suivant les principes de libre consentement, de démocratie et d'avantage mutuel" (art. 20); enfin l'économie individuelle puisque le capitalisme privé est autorisé à créer des entreprises "sans restriction sur l'envergure de leurs activités", mais "dans les branches des métiers utiles à la nation et à la vie du peuple" (art. 21). A noter que si la constitution autorise l'économie privée, en revanche elle encourage l'économie familiale. Sans doute ces dispositions ne parurent-elles pas suffisantes au constituant vietnamien, puisqu'il y revient à l'article 57 qui stipule que "le citoyen jouit du droit de libre entreprise" suivant, il est vrai, les dispositions de la loi. Un peu plus loin, le citoyen se voit reconnaître, outre le droit "d'effectuer des recherches scientifiques et techniques [et] de faire des découvertes", ce qui paraît une mince concession, mais également la faculté "de créer de nouveaux produits, d'avoir des initiatives pour améliorer les techniques, rationaliser la production" (art. 60). La constitution lao est encore plus ambiguë. Comme la vietnamienne, elle distingue une propriété étatique, une propriété collective et une propriété individuelle (art. 14). Elle n'hésite pas à encourager l'arrivée de capitaux étrangers en annonçant que "l'État protège et développe (...) la propriété des étrangers investissant en République démocratique populaire lao". Le clin d'œil est encore plus appuyé dans le paragraphe suivant, lorsqu'il est précisé que "l'État encourage tous les secteurs économiques à se concurrencer et à coopérer entre eux dans le développement des activités de production et des affaires" (art. 14). L'article 16 couronne tout cela par une formule amphibologique: "La gestion économique est pratiquée selon le mécanisme du marché dont l'État assure la régulation et selon le principe de la gestion sectorielle centralisée et uniforme, combinée de façon rationnelle avec la délégation (...) de responsabilité aux autorités locales".

Parmi les droits sociaux, *les obligations à l'égard de la famille* forment une composante assez conventionnelle du moins pour ce qui est du Viêt-nam et du Cambodge alors que la constitution du Laos n'en parle



pratiquement pas, si l'on met à part deux lignes en fin du chapitre II: "l'État veille à l'application de la politique en faveur de la mère et des enfants" (art. 20). La constitution cambodgienne est relativement laconique, autant que le lui permette le souci de préserver l'essentiel, avec une mention aux droits égaux de l'homme et de la femme, "spécialement dans le domaine du mariage et de la famille", tout en imposant, comme conditions au mariage, le principe du "consentement mutuel et de la monogamie" (art. 45). Les développements subséquents sont surtout rédigés en faveur des enfants. Entre autres, il est exigé des parents de les élever et les éduquer pour qu'ils deviennent de bons citoyens (art. 47) et de l'État qu'il leur garantisse "le droit à la vie, le droit à une éducation scolaire, le droit à une protection pendant les situations de guerre et à la protection économique ou sexuelle" (art. 48). A ce dernier égard, l'exemple de la Thaïlande, voire celui des Philippines, n'a sans doute pas été sans influence : l'image que certains quartiers de Bangkok ou de Manille ont valu à ces pays est connue - ce dont les Thaïlandais et les Philippines ne manquent pas de souligner le caractère très abusivement généralisateur - et les constituants khmers ont certainement puisé dans ces situations la détermination d'en éviter l'extension dans leur pays. Il y est d'ailleurs fait allusion avec un paragraphe particulièrement clair: "le commerce des êtres humains, l'exploitation de la prostitution et des obscénités portant atteinte à la dignité de la femme sont interdits" (art. 46).

**“ A constater que seules les atteintes à la dignité de la femmes sont stigmatisées; l'on ne sait s'il faut l'imputer à la conviction que l'autre sexe est moins menacé ou au souci de ne consacrer cet article qu'à la protection des femmes.**

Au Viêt-nam, la constitution est sur ce point beaucoup plus élaborée comme il se doit dans une société où l'État entend préserver les acquis et prémunir contre les risques les plus sérieux qu'encourent les membres de la société et notamment ses éléments les plus faibles. S'agissant des femmes, l'article 63 prend toutes les précautions possibles pour garantir l'égalité des sexes: même salaire pour même travail, équipement en maternités, cliniques pédiatriques et garderies d'enfants afin de leur permettre "de se livrer à la production, au travail ou aux études"; il fait écho notamment aux responsabilités de la collectivité en vue de secourir et de soigner la mère et l'enfant (art. 40). Dans la même ligne, la famille est

également protégée avec un mariage fondé sur le principe du libre consentement, de la monogamie et, de façon plus surprenante, “du progrès”, assorti du devoir pour les parents d’élever leurs enfant “pour en faire de bons citoyens” (art. 64). Parmi les prérogatives que la famille, l’État et la société doivent assurer aux jeunes, certaines sont fort classiques, ainsi “d’étudier, de travailler, de se distraire, de développer la force physique et l’intelligence”, d’autres sont plus connotées, ainsi du droit “de s’enrichir en traditions nationales, en conscience civique et en idéal socialiste, de marcher en tête dans l’œuvre de travail créateur et défense de la patrie” (art. 66).

Il est également des dispositions qui se situent dans le prolongement des luttes menées pour l’indépendance et qui tendent à garantir à ceux qui s’y sont sacrifiés, que l’État s’acquittera d’une indispensable obligation de solidarité et de reconnaissance. Ainsi un article complet est-il consacré aux soldats blessés et malades, aux familles des morts pour la patrie, ainsi qu’aux personnes et aux familles ayant des mérites envers le pays : en leur faveur, il est prévu le bénéfice de “politiques privilégiées de l’État”, et même des emplois réservés (art. 67). Le Laos ayant connu le même type de situation, sa constitution prescrit à l’État de prendre soin “des combattants invalides, des familles des personnes qui ont sacrifié leur vie, des familles des personnes méritantes vis-à-vis de la patrie” (art. 20).

Matières émergentes dans l’arsenal des nouveaux droits démocratiques, l’éducation, la culture et l’environnement sont abordés dans les nouvelles chartes fondamentales d’Asie francophone, les deux premiers aspects étant privilégiés par rapport à la troisième. Pour ce qui est de **l’éducation et de la culture**, la constitution du Cambodge y consacre la quasi-totalité d’un chapitre VI qui clôt d’ailleurs les développements sur les droits des Khmers. Plusieurs dispositions visent d’abord l’éducation et la formation à l’égard desquelles l’État se voit confier une responsabilité primordiale. Les détails ne manquent pas, qui ne sont généralement pas ailleurs jugés dignes d’une telle constitutionnalisation: effort en faveur de l’éducation physique et sportive; inclusion de l’enseignement de la technologie et des langues étrangères; scolarité obligatoire pendant neuf ans; soutien aux écoles de *Pali* et aux études bouddhiques (art. 65 à 68); dispositions auxquelles est ajoutée la protection de la culture nationale et de la langue khmère ainsi que des sites historiques (art. 69).

Les articles des textes lao et vietnamien traitent ces thèmes dans une autre perspective où transparait le souci des dirigeants de garder le contrôle de la situation et de limiter l'ouverture au pluralisme politique. Au Laos, les activités éducatives, culturelles et scientifiques n'ont pas seulement pour objectif d'élever le niveau des connaissances mais également de "développer l'attachement au régime de démocratie populaire" (art. 19). A noter qu'ici encore l'allusion à la protection des minorités ethniques est fréquente. La volonté de garder le contrôle de la situation se retrouve à propos de la culture puisqu'il est souligné qu'il revient à l'État d'éliminer "les manifestations rétrogrades dans le domaine idéologique et culturel" (art. 19). Au Viêt-nam, ces questions sont l'objet d'un chapitre spécial intitulé "Culture, éducation, science et technologie", le titre de la constitution vietnamienne consacré aux droits et devoirs fondamentaux du citoyen étant assez succinct à ce sujet puisqu'il se borne à faire allusion aux "droits de l'homme en matière de politique, affaires civiles, économie, culture et société" (art. 50).

Il est révélateur que sur les vingt-huit alinéas que compte le chapitre spécial, huit seulement ne commencent pas par les mots "l'État", ce qui marque bien que, conformément à la logique d'un régime socialiste, ici soigneusement préservée, et éloignée du système des libertés classiques, tout ce qui touche à la culture et l'éducation est confié à l'État et non protégé contre son intervention. L'ampleur des obligations mises à la charge de l'État est impressionnante, souhaitant par exemple qu'avec la société, il assimile (*sic*) "la quintessence de la culture de l'humanité". Relèvent de sa compétence en effet la gestion unifiée du système de l'éducation nationale (objectif, programmes, contenu, plan d'éducation, "critères des enseignants", statuts des examens, système des diplômes: article 36), l'élaboration de la politique scientifique et technologique nationale (définition des lignes, des politiques et des lois, rénovation des technologies, développements des forces de production, etc.: article 37), ainsi que le développement des échanges et de la coopération internationaux (culture, information, littérature, arts, sciences, technologies, etc.: article 43).

Cette volonté de contrôle des dirigeants propre aux régimes de démocratie populaire se retrouve dans l'évocation récurrente de "la gestion unifiée" confiée à l'Etat ici comme dans nombre d'autres domaines. Mais, sans pour

cela dire qu'il s'agit d'une quelconque atténuation, les allusions à la recherche d'autres sources de financement, complémentaires à ceux de l'État expriment visiblement le sentiment que les pouvoirs publics ne sont pas en mesure de tout prendre en charge et qu'il leur appartient de s'appuyer sur d'autres formes d'initiative; c'est sans doute la raison pour laquelle il est fait mention au développement de "formes d'école privée" (art. 36-2). L'idéologie affleure toujours au Viêt-nam avec une phraséologie distinctement héroïque. Les références à "la pensée, la morale et le style de vie de Ho Chi Minh" ou aux "hautes valeurs du peuple vietnamien" ou encore à la "noble âme des Vietnamiens" par exemple (art. 30 et 32) participent des canons du discours socialistes, trahissant encore un culte résiduel de la personnalité, mais se veulent également un hommage aux victoires qu'ont couronnées deux longues guerres de libération.

S'agissant de l'**environnement** enfin, il n'apparaît nulle part comme un secteur privilégié, à la différence de nombre de constitutions récentes. Sans être exclu, ce domaine est plutôt abordé de façon dispersé, voire adventice. Le texte vietnamien en fait mention à propos du régime économique avec l'utilisation rationnelle des ressources naturelles (art. 29), dans l'énumération des attributions du gouvernement (art. 112-5), ainsi qu'à propos de la conservation, la valorisation et la défense du patrimoine culturel et historique, dont font également partie les sites révolutionnaires dont l'État et la société sont responsables (art. 34). La loi fondamentale lao est là encore assez brève, prescrivant cependant à toutes les organisations et à tous les citoyens de "protéger l'environnement, préserver les ressources naturelles: le sol, le sous-sol, les forêts, la faune, les ressources hydraulique et l'atmosphère" (art. 17). Un peu plus loin, il est également prévu que "l'État protège les antiquités et les sites vénérés de la nation" (art. 19). Au Cambodge, la défense de l'environnement se ramène surtout à des considérations sur le patrimoine culturel, comme l'indique l'article 69. A ce propos deux mesures plus spécifiques visent les deux pratiques qui furent à l'origine de la plupart des destructions commises à l'encontre des monuments historiques, au premier rang desquels ceux d'Angkor; il s'agit d'une part des infractions contre le patrimoine qui doivent être sévèrement condamnées (art. 70), d'autre part des activités militaires qui sont prohibées, les sites étant érigés en zone neutre (art. 71)

Au terme de cette étude se confirme l'hypothèse initiale d'une certaine convergence dans l'énumération des droits et libertés par les trois nouvelles constitutions d'Asie francophone malgré la diversité des régimes politiques. Le Laos et le Viêt-nam, pays qui continuent de se réclamer du communisme, font une place aux libertés classiques ainsi qu'à la concurrence et à l'initiative privée en matière économique, le Cambodge qui se veut plus ouvert sur l'économie de marché, met néanmoins à la charge de l'État un certain nombre d'obligations concernant la protection sociale des citoyens. La différence essentielle, hors toute considération d'organisation politique, tient à la persistance au Laos et au Viêt-nam de mentions plutôt menaçantes à l'endroit de ceux qui pourraient être tentés de remettre en cause les bases socialistes du régime. Il faut y voir le souci très compréhensible des dirigeants, après l'expérience soviétique, de réussir l'inévitable réforme économique tout en escamotant autant que faire se peut une transformation politique pouvant déboucher sur leur éviction. En Asie, le modèle semble bien être la Chine populaire malgré d'anciennes inimitiés tandis qu'à l'inverse la Corée du nord donne l'exemple d'un régime crispé sur la vieille orthodoxie, ce que même la mort du fondateur n'a pu ébranler.

Par rapport aux autres pays lancés sur la voie de la transition démocratique, les trois pays composant l'ancienne Indochine française semblent marqués par un certain réalisme dans l'énumération des droits et libertés. Même s'il n'est pas question de nier que certaines obligations mises par le texte constitutionnel à la charge de l'État au profit du citoyen, exigeront de ce dernier un effort important, les constituants ont su se garder d'établir une déclaration de droit relevant d'une démarche trop exclusivement programmatique mais ont tendu à donner aux citoyens des armes efficaces contre toute les formes d'oppression dans la limite du raisonnable. A cet égard, les différences avec certaines constitutions africaines récemment promulguées sont évidentes et à l'honneur des juristes de cette partie de l'Asie.

## LE REGIME SEMI PRESIDENTIEL

**Prof. Dr. Alain BOCKEL**

(Galatasaray Üniversitesi-Orléans Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Le régime semi-présidentiel n'est, sans doute, pas le régime idéal. Si l'on exclut le rêve de la démocratie pure, d'un peuple de citoyens conscients, responsables, se gouvernant eux-mêmes directement, le régime parlementaire apparaît comme le meilleur modèle à la portée des peuples d'aujourd'hui. On y trouve, en effet, d'une part, un Parlement choisi directement par les citoyens, représentant la diversité de leurs aspirations, chargé de débattre publiquement et librement des grands problèmes auxquels le pays est confronté, et de prendre les décisions fondamentales qui concernent chacun, et, d'autre part, un Gouvernement, désigné par les représentants du peuple, en charge des affaires communes qu'il gère sous le contrôle et avec la confiance du Parlement. Le Peuple souverain, quant à lui, est à la base de tout l'édifice, puisqu'il dispose du pouvoir de décider périodiquement qui le représentera, et de sanctionner ceux qui ont trahi sa confiance. Cette vision quelque peu idyllique de la démocratie consensuelle ne se rencontre que rarement, et sous une forme sans doute moins romantique, dans certaines démocraties de l'Europe du nord. C'est, le plus souvent, la forme plus réductrice de la démocratie majoritaire qui s'impose. Pourtant, quoiqu'on en ait, que ce soit sous sa traduction britannique, allemande, espagnole ou autre, il s'agit là du régime le plus démocratique auquel l'on puisse aspirer de nos jours.

Le problème est que ce régime ne "se décrète pas". L'histoire, la culture politique, l'état des forces sociales et politiques amènent bien souvent le régime parlementaire à sa perversion ou sa dérision, c'est-à-dire à son impuissance et à la perte du caractère démocratique qui est sa raison d'être; les dérives des 3<sup>ème</sup> et 4<sup>ème</sup> Républiques françaises l'illustrent suffisamment, et l'Italie cherche, en vain pour le moment, à en sortir,

montrant par là également que ce régime est souvent incapable de se réformer de lui-même.

Le régime présidentiel n'étant, selon l'avis général, pas exportable sans de grands risques, reste le Régime semi-présidentiel, objet de cette intervention. Est-ce la solution, au moins à titre transitoire, et sans perdre de vue l' "idéal" du régime parlementaire, la recette à proposer aux pays en mal de gouvernement (1)? Mais rappelons brièvement, avant de tenter de répondre à cette question, ce qu'est ce régime.

### LA "VRAIE NATURE" DU REGIME SEMI-PRESIDENTIEL

Deux évènements de l'actualité récente constituent une bonne introduction à cette réflexion. Le premier nous est offert par la Serbie, il est encore présent à notre esprit. L'automne dernier, les électeurs serbes, invités à élire leur Président au suffrage universel, ont eu l'impression que l'on tentait de fausser leur choix. Le peuple s'est rebellé, et ce fut la révolution. Bien sûr, de nombreux autres facteurs expliquent ces évènements, et l'on pourrait invoquer d'autres exemples analogues concernant des élections législatives, ou de trop nombreux cas d'élections présidentielles truquées. Mais, et l'exemple plus récent encore de la Cote d'Ivoire le confirme, lorsque le peuple a l'impression qu'il peut réellement choisir son Président, et que ce choix peut avoir des conséquences sur le sort de son pays, ne serait-ce qu'au niveau des principes, il tient à ce que son choix soit respecté. Le second évènement, qui s'est produit cette fois en Turquie, également l'automne dernier, vient confirmer, sous un autre aspect, cette première réflexion un peu sommaire. Le nouveau Chef de l'Etat n'y a certes pas été élu au suffrage universel, et beaucoup pensaient qu'il n'aurait, de ce fait, aucune influence réelle. Mais la Constitution lui accorde des pouvoirs non négligeables. Il a décidé d'en faire usage, au nom du respect du droit et des principes, en s'opposant à certaines décisions prises par le Gouvernement notamment. Cela a provoqué un tollé chez les

---

(1) Voir, sur cette interrogation, les Actes du Colloque qui s'est tenu à l'Université Galatasaray en mai 1999, sur le thème «Un Président élu par le Peuple, une bonne solution?», publié par Galatasaray Üniversitesi Yayınları et les Presses de l'Université de Sciences sociales de Toulouse, septembre 2000.

politiciens, mais les sondages ont immédiatement indiqué que l'opinion publique plaçait dès lors sa confiance en premier lieu au Président, avant même l'Armée. C'était une première!

L'élection au suffrage universel direct du Chef de l'Etat, disposant de pouvoirs propres non négligeables, tel est, justement, le premier trait qui caractérise le régime semi-présidentiel, et les exemples qui viennent d'être cités montrent qu'il ne s'agit pas là d'un critère purement formel. Comme on le sait, la définition de ce type de régime se complète par un deuxième élément, d'importance égale, l'existence d'un Gouvernement responsable devant le Parlement. C'est ce dualisme, cette coexistence d'un Président élu directement par le Peuple, et d'un Premier ministre tenant sa légitimité de la confiance du Parlement, lui aussi représentant le Peuple, qui caractérise le régime semi-présidentiel. Dès lors, toute la problématique de ce type de régime tient aux rapports qui existent entre le chef de l'Etat et le chef du Gouvernement, ou, en d'autres termes, à la nature et à l'étendue des pouvoirs du premier. Cette question est souvent occultée par la doctrine française, qui, sous l'influence de Maurice Duverger, le "Père" de la théorie du régime semi-présidentiel, privilégie l'étude de la pratique politique de ce type de régime, au détriment de sa nature juridique, et s'en tient essentiellement à l'exemple français. Or, je pense que, si la Constitution de la 5<sup>ème</sup> République française est une bonne illustration de ce type de régime, son application, qui a ses vertus et ses défauts, n'en est qu'une version très déformée, et d'ailleurs tout à fait unique dans son genre, et ne saurait servir de base à une réflexion générale.

Comment, en réalité, analyser la nature des pouvoirs de ce Président, pour le distinguer de ses homologues des régimes présidentiel ou parlementaire?

D'abord, en rappelant qu'il ne gouverne pas. Le pouvoir gouvernemental appartient au gouvernement qui l'exerce sous la direction du premier ministre, comme le précise d'ailleurs la Constitution française. C'est celui-ci qui, sous le contrôle et avec la confiance du parlement, "détermine et conduit la politique de la Nation". Le Président dispose d'un pouvoir d'une



autre nature, que l'on peut nommer, après Georges Burdeau et Jean-Louis Quermonne, le "Pouvoir d'Etat". Le Président a en charge les intérêts supérieurs de l'Etat, il est, à ce titre, un "gardien", le protecteur de la Constitution et des valeurs supérieures de la Nation, un "arbitre", chargé d'assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et la continuité de l'Etat, et un "garant" des intérêts fondamentaux du pays, de son indépendance et de l'intégrité de son territoire, et du respect de ses engagements internationaux. On retrouve là la définition de sa mission selon la Constitution française (article 5), mais la Constitution portugaise propose une formule peu différente (article 120), et l'on pourrait dégager, en réalité, dans la plupart des régimes semi-présidentiels, une conception analogue, si l'on rassemblait les différentes attributions qui sont confiées au Chef de l'Etat.

C'est là une mission importante, qui l'amène à intervenir dans la vie politique courante, vis-à-vis du gouvernement, qu'il désigne et peut parfois révoquer, et à qui il indique les grandes orientations à suivre pour la défense du pays ou dans les relations internationales, aussi bien que vis-à-vis du Parlement, dont il peut contester les décisions pour inconstitutionnalité, ou plus parfois, et qu'il peut, à l'occasion, dissoudre. Une mission qui peut aussi, parfois, l'autoriser à des interventions plus graves lorsque les intérêts essentiels du pays sont menacés, la stabilité de l'Etat ou du régime étant en cause. Les interventions du chef de l'Etat ne sont certes pas quotidiennes, et l'on pourrait dire paradoxalement que, si tout va bien, il n'aurait pas à agir. Mais lorsqu'il se manifeste, c'est qu'un problème qui peut être grave survient, il doit avoir alors toute l'autorité, et toute la légitimité nécessaires pour s'imposer. D'où l'intérêt de son élection directe par le peuple, qui peut également lui donner l'indispensable recul par rapport aux acteurs politiques engagés et aux partis politiques. C'est donc, au total, à ce niveau, dans cette conception tout à fait particulière du chef de l'Etat, de sa mission, et de sa place dans l'équilibre politique, que se caractérise, me semble-t-il, le régime semi-présidentiel, d'un point de vue théorique à tout le moins. Mais, qu'en est-il dans les faits?

## LE REGIME SEMI-PRESIDENTIEL EXISTE-T-IL DANS LA REALITE ?

De nombreux pays ont opté pour ce type de régime. Aux six pays que l'on cite habituellement (la Finlande, l'Irlande, l'Islande, l'Autriche, la France et le Portugal, à quoi il convient d'ajouter l'exemple historique de la République allemande de Weimar), sont venus s'ajouter, si l'on reste en Europe, de nombreuses nouvelles démocraties de l'Europe centrale et orientale, si bien que l'on peut maintenant soutenir que le régime semi-présidentiel est devenu le régime dominant des Républiques européennes. Cela vaut, je pense, que l'on commence à s'intéresser!

La doctrine française dominante est pourtant d'un avis contraire. Les régimes politiques à Constitution semi-présidentielle, selon elle, n'ont aucune homogénéité ni spécificité. Tous, au fond, seraient ou de véritables régimes parlementaires (Irlande, Islande, Autriche), ou pourraient être assimilés à cette catégorie, sauf la France. Donc, toujours selon cette doctrine, un "Modèle", ou une catégorie, de régime semi-présidentiel n'existe pas: seul le régime politique français vaut que l'on s'y intéresse comme type de régime différent des autres.

Mais c'est un régime tout à fait particulier. Les sceptiques soutiennent que c'est là un régime instable: il octroie à son chef de l'Etat un pouvoir trop prépondérant lorsque celui-ci peut s'appuyer sur une majorité parlementaire qui lui est favorable; on parle alors de "présidentialisme majoritaire". En revanche, lorsque la majorité parlementaire lui est hostile, comme actuellement, on retrouve un véritable gouvernement parlementaire dirigé par le premier ministre. Le président, le réel chef de l'opposition, est alors tenté d'utiliser les pouvoirs réduits, mais non négligeables, qui lui restent pour entraver l'action du premier ministre, chef de la majorité; le conflit entre les deux hommes à la tête de l'Etat ne peut d'ailleurs que s'accroître à mesure que s'approche la date de l'élection présidentielle, qui les verra s'affronter devant les électeurs, comme on le voit aujourd'hui. Les analystes, quant à eux, se livrent à des études approfondies pour en expliquer le fonctionnement complexe (on pourra en trouver quelques exemples dans l'ouvrage cité, issu du récent colloque de l'Université Galatasaray). Il est vrai qu'il s'agit là d'un régime

politique séduisant, qui a réussi à doter la France de la stabilité gouvernementale et de l'autorité de l'Etat, et qui, au fond, est très démocratique, car c'est le peuple qui décide, en dernière analyse, à qui le pouvoir sera attribué. Le peuple peut même, comble de la sophistication, faire varier l'importance du pouvoir qu'il attribue au président qu'il élit, en lui accordant ou pas une majorité parlementaire favorable. A ce titre, ce régime peut servir de modèle. Il faut savoir, cependant, qu'il est largement le produit du contexte politique dans lequel il est né. Mais il ne s'agit plus, à proprement parler, d'un régime semi-présidentiel, tel que nous avons tenté de le définir plus haut. Car, dans sa "version normale", le président cumule le "pouvoir d'Etat" et la direction du pouvoir gouvernemental.

Car, ce que je voudrais soutenir ici, c'est que le régime semi-présidentiel existe, pas seulement en tant que catégorie juridique, mais en tant que forme de gouvernement particulière, et, par suite, qu'il peut constituer un modèle de référence pour les pays à la recherche de recettes nouvelles. Affirmation peut-être encore prématurée, car le nombre de ses manifestations est encore limité. Il est, en effet, sans doute trop tôt pour y comprendre les pays de l'Europe centrale et orientale (Pologne, Roumanie, Bulgarie, Serbie depuis peu, etc...), où les régimes et les forces politiques ne sont pas encore vraiment stabilisés. Mais l'étude des exemples de pays comme le Portugal, la Finlande, l'Allemagne de Weimar aussi, et bien sûr la France de la "cohabitation", pourrait déjà permettre un certain nombre d'observations sur les particularités, et, pourquoi pas, sur les vertus spécifiques, du mode de gouvernement semi-présidentiel (pour les raisons indiquées ci-dessus, et au risque de faire froncer les sourcils des théoriciens du régime semi-présidentiel, il ne convient pas d'y inclure le régime français, dans son application "orthodoxe", sinon comme une variante très particulière).

Quelles sont donc les "vertus" de ce régime semi-présidentiel?

Ou, plutôt, quelles pourraient-elles être ? Car, à notre connaissance, peu de recherches ont été effectuées dans cette direction précise, et nos remarques sont davantage des thèmes de réflexion que le résultat d'une étude approfondie. En réalité, ces "vertus" découlent tout naturellement des caractéristiques de ce régime, qui ont été exposées plus haut. La

première tient à la stabilité que le modèle semi-présidentiel peut apporter, qui est une des conditions du développement et de la démocratie. La présence d'un chef d'Etat élu, au dessus de la "mêlée" politique, en charge des intérêts supérieurs de l'Etat, est évidemment un élément fort pour la stabilité de l'Etat lui-même, les exemples cités le prouvent, à commencer par la France, prise, lors de la fondation de la 5<sup>ème</sup> République dans les tourmentes des guerres de décolonisation qui ont fait chavirer la 4<sup>ème</sup>. La stabilité gouvernementale, elle, tient à d'autres facteurs, on le sait, mais là-aussi, les expériences française et portugaise témoignent de l'établissement progressif de démocraties majoritaires là où régnait l'instabilité (4<sup>ème</sup> République française et débuts de la démocratie portugaise). L'élection présidentielle, cela a souvent été relevé, contribua à la structuration des forces politiques, et, pourrait-on ajouter, à la démocratisation plus directe qu'elle induit, qui est une des conditions, nous le pensons, de la stabilité.

La seconde vertu tient en la sécurité, résultat du rôle de garant et de dernier recours qui fait partie des missions du chef de l'Etat. Après tout, on peut le rappeler ici, la "débacle" de 1940 et la disparition de toute autorité prenant en charge les intérêts fondamentaux du pays qui s'en est suivie, ont été l'un des éléments qui ont conduit le général de Gaulle à proposer, pour la France, un nouveau régime. La Finlande, qui a su résister pendant la guerre froide aux dures pressions de son redoutable voisin soviétique grâce à l'opiniâtreté de son Président Kekkonen, voire les débuts tourmentés de la République de Weimar, sont à prendre en considération à cet égard.

Enfin, et c'est peut-être la conséquence des deux remarques précédentes, le régime semi-présidentiel paraît de nature à faciliter le passage, la transition, vers un régime démocratique. Le Portugal l'a montré. Mais ici une étude comparée, menée en Europe centrale et orientale, portant sur les modalités de la transition démocratique selon les formes de gouvernemet choisies pourrait amener à des conclusions intéressantes. Car peut-être est-ce là, justement, la vertu profonde de ce type de régime: permettre le passage d'une démocratie inexistante, ou que ne marche pas correctement, à une démocratie satisfaisante, quitte, à ce moment, à

perdre sa spécificité, et rejoindre le peloton des régimes parlementaire. A moins que, comme l'a fait la France, l'on ne s'engage vers une forme plus originale.

Resterait, pour être complet, et si notre argument a été convainquant, à "passer à l'acte": entrer dans le détail de l'ingénierie constitutionnelle, et examiner par le menu les mesures à choisir pour mettre en place le régime semi-présidentiel le plus adapté...Le constitutionnaliste se doit cependant de rester modeste: car, s'il est certaines précautions à prendre, la pratique politique montre que ce sont les faits, le contexte, le rapport des forces, la personnalité des acteurs, qui donneront les couleurs à la trame qu'est simplement, au fond, le texte constitutionnel.

Massimo VILLONE

(İtalya Cumhuriyet Senatosu Anayasa Komisyonu Başkanı)

Thank you Mr. President and let me first thank the Turkish Bar and all my Turkish friends for this invitation to the congress, to this important location of discussing constitutional problems.

I think the Italian experience maybe have some interest to you. We have been discussing in this last years, the possibility of a major change in our constitutional system. We have now traditional parliament system and we have been discussing, for at least seventeen years, the possibility of changing of our form of government. I think the best I can do is to tell you what has been happening lately.

We have been trying in this legislature, the one which is now coming to an end, which started back in 1996. To push strongly on a constitutional reform, we have had a special constitutional commission, made out of seventy members of parliament was one of them in the beginning of the legislation. It started working in 1997 and it worked for about a year and we had a draft of about eighty articles for a new constitution which is as you can it is a very deep and very widespread reform, our constitution is made out 139, that 80 articles were considered in this new draft.

The two possibilities we discussed in the special commission, as to the form of government, where one semi-presidential system and two, the Westminster model, last say; the English system. There was almost a consensus to each one of these two solutions. Actually we came to conclusive vote in which the semi-presidential solution, the French style solution one by one. So the one to say that, it was the final outcome.

Generally speaking, the consensus was, whichever solution would win, the losing side would accept it and go on that solution. The reason why we were looking at these two possibilities was the prevailing opinion that the

parliament system, at least in this moment, proves to be not as effective as it should be. Essentially, because the party system is going deeper, still in act crises. And the parliament system can work effectively only if it does have a strong party system which makes it work. So the weakness of the party system puts the question of without of the legislacy in the foundation of political power, especially as far as the executive powers concerned. And if there is a weakness in the party system without the one and only real possibility of a strong foundation was in a way of the other in the popular consensus, in the popular vote. That's why the two models, the French model and the English model, both in different ways gave answers in this direction to have popular consensus as a foundation for diminishing strength of the party system.

That was, I think the nearest we came to the possibility of an important constitutional reform. The commission worked for a year and approved that draft which went to The House of Representatives, The Camorra, The Deputy, The Labor Chamber, which started the discussion and unfortunately the political climate was getting worse and worse, this was in 1996. And finally the whole process came to a stop, and we could not finally approve the reform of the constitution. I think this was an unfortunate result. We came very near to a substantial change in our constitutional system. I don't know whether we will have in this coming legislation conditions as favorable as we had in the beginning of this legislature but that's way the politics go and when things don't work, there is no way to put them said sometimes. I think as a constitutional of professor which I am, that politics is something much more difficult than having a lesson in constitution law.

What happen then was, this is the one final point I want make in the beginning of my intervention here; even though we do not have a reform of the constitution, we do have a substantial change, not in the written constitutional course, not a formal change, but a substantial change in the way our constitutional works. What has been happening in last years is that, since a major crisis back in 1991-1992, the party system, because of the widespread corruption and the lack of internal democracy, collapsed. And so the judiciaries that been in heavily and so the experience of

judicial, let's say, renewal the political system maybe effort of the Sokold's Clean Hands movement.

What happens was that in 1993, we passed a new electoral law. We change from a totally proportional electoral system to a single ballot majority system. And that has a strong difference in the actual functioning of the constitutional form of government. How does it work? Well, happily was that the single ballot majority system pushes political parties to get together and for coalitions in order to win. It is the first past opposed system. So you get one vote more than the other guy, you win. So you have to make coalitions. And you have a leader of the coalition, and actually although there is no direct popular vote for the chief of the government in presidential type model solution, although there is nothing like this, when the vote goes to ballot, he knows somehow is voting for, so in so to become prime minister. That actually was the case back in 1994 and again back in 1996 when we had Mr. Prody running on one side, the fellow now leading the European Commission, and we had Mr. Bellusconi on the other side. So actually this is something, which has nothing to do with the parliament system in which, you assume, you are going to elect your members of parliament and then go to parliament and then somebody, let's say the President of the Republic, appoints someone to be Prime Minister, and then you have a vote of confidence. That's a general model of a parliament system. Now you have, that the people, votes for somebody and how can you imagine that somebody else is going to be the Prime Minister. Now this has nothing to do with the formal workings of the constitution, but has much to do with the substantial way the constitution works. And that happened back in 1996 and this is going to happen again now in this year when we are going to vote in April for the new political elections. Where, again we are going to have Mr. Bellusconi on one side and Mr. Rutelli on the other side, running for the premiership and they so. They say, "I'm branding to become the Prime Minister." And so either one of them wins, that fellow will have to be appointed and this is going to, in some ways, interfere with the power of the presidential republic to appoint the Prime Minister, which you has 92 article of our constitution and of course, Mr. Champei, The President of the Republic, will have to appoint the one of them, wining of the popular vote. And then it will interfere again with the



power of the parliament to vote in the confidence vote to the government. Because one member of the parliament, in April this year, will present myself to be elected, I will, let's say, say "I'm going to vote for Mr. so in so if you elect me." So I'm going to take a moral obligation, not a judicial, a moral and political obligation that I will vote for a certain fellow. All of this of course as I say has nothing to do with the parliament system. But that is the way our constitutional system is been working in the last five or six years, since 1994.

And so this is one thing I want to say to point out, than when we talk about constitutions, we should not look at the formal definition only, but we should look also to the substantial conditions in which constitutions work. Especially pointing at two different elements, which are one the party system and two the electoral law. We have been discussing in this final part of the legislature also of the possibility of changing our electoral law. One of the reasons why I almost did not make it to this congress was that I'm the speaker for the majority for a new proposal and the electoral law. I'm not sure whether we are going to approve it or not, it could be again a partial drawback from the majority system to a proportional system with some corrections but maybe I would have a chance to talk about this later in the workings this morning. Thank you Mr. President.

## CONTRÔLE DEMOCRATIQUE ET PARTICIPATION

**Elisenda MALARET GARCIA**

(Barselona Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

### I. Introduction

Constitution et contrôle deux notions que l'on ne peut pas scinder si l'on veut que la Constitution se "réalise", pour reprendre une expression chère à HESSE.

Contrôle parlementaire, contrôle de constitutionnalité. Contrôle politique, contrôle juridique. Des contrôles inscrits dans la Constitution.

Constitution et limite du pouvoir. Contrôle du pouvoir de l'état par la séparation et par la construction des «cheks and balances». Donc, constitution et partage du pouvoir . Distribution du pouvoir fondée sur le droit, sur la primauté de la constitution qui distribue les pouvoirs, les domaines de ces pouvoirs. Partage du pouvoir établi par la constitution et dont la Cour constitutionnelle est garante, ainsi la suprématie de la constitution est assuré.

Ce texte est construit sur une idée essentielle, la constitution est conçue comme un instrument de limitation et de contrôle du pouvoir ce qui suppose la suprématie de la Constitution et sa garantie. Limites et contrôles qui trouvent dans la séparation -ou l'équilibre des pouvoirs- et la garantie des droits les pièces essentielles et communes mais, qui s'assemblent de manière distincte dans les différentes traditions constitutionnelles. En bref, la constitution est l'instrument pour la limitation du pouvoir et la garantie des droits des citoyens.

A partir de cette idée et du constat dans le constitutionnalisme contemporain de l'existence d'une dualité de contrôles porteuse de

complexité, l'on examinera l'enrichissement progressif des contrôles dans les constitutions, certaines conditions pour leur effectivité pour finalement se consacrer au dernier volet, l'émergence constitutionnelle de la participation et les différents registres que celle-ci acquiert.

Ce texte ne discutera pas les rapports entre le contrôle juridictionnel des lois (de légalité) et le contrôle démocratique (politique ou d'opportunité). En effet, actuellement le débat sur le caractère non démocratique du *judicial review* ou contrôle de constitutionnalité des lois, et en general des actes du pouvoir, est presque éteint ; ou en tout cas le «gouvernement des juges» n'est plus situé au centre du débat politico-constitutionnel. Bien que les arguments contraires au contrôle soient sérieux et ils ne peuvent pas être oubliés, ils exigent une interprétation disciplinée et retenue de la part du juge constitutionnel. Ce qui permet de comprendre comment la théorie de l'interprétation est devenue le noyau dur de la théorie de la constitution.

Ainsi l'un et l'autre type de contrôles doivent être considérés non comme opposés mais complémentaires.

La notion d'Etat social et démocratique de droit que nous trouvons inscrite dans la Constitution espagnole de 1978 exprime en termes très synthétiques les décisions politiques de base et surtout les rapports actuels entre l'Etat de droit et la démocratie.

La fonction du constitutionnalisme classique, la garantie de la liberté individuelle et la limitation du pouvoir se voit renouvelée par une compréhension de la Constitution comme le processus de réalisation de l'objectif juridique fondamental d'intégration de la communauté (SMEND). Ce qui a des conséquences du point de vue légitimité/contrôle démocratique et surtout participation.

L'exigence de légitimation démocratique effective pour l'exercice du pouvoir de l'état et ses différentes formes est source de nouveaux défis. L'exigence d'une légitimation démocratique de toutes les décisions suppose que celles-ci puissent se référer à la liberté de participation démocratique qui correspond aux citoyens en tant que membres d'une

communauté. L'accomplissement des tâches étatiques requiert d'une légitimation qui revient directement au peuple ou se réfère à celui-ci; c'est l'idée de la chaîne ininterrompue de légitimité démocratique (SCHMIDT-ASSMANN/BÖCKENFÖRDE).

L'effectivité des canaux de transmission de légitimation suppose deux éléments. Un, la reconduite, c'est à dire que les décisions des organes chargés d'exercer le pouvoir puissent être ramenées à la volonté du peuple. Deux, la **responsabilité**, c'est à dire que les organes chargés d'exercer le pouvoir étatique soient responsables de ses décisions face au peuple. Cette conception renouvelée de la démocratie oblige à repenser le contrôle.

Mais l'expression « contrôle » a des portées diverses, elle n'est pas précise. C'est une notion polysémique qui en fonction des usages, des contextes a des acceptions diverses. D'une part une signification plus simple, vérification, inspection, pointage et d'autre part et à cause de l'influence de l'anglais (comme le dictionnaire de la langue française Robert consigne explicitement), direction, commande, maîtrise, régulation. C'est évident que dans ce dernier cas il y a un rapport de subordination qui n'est pas présent dans la première acception. En fait, les deux notions sont présentes dans la Constitution espagnole de 1978.

Comme RUBIO LLORENTE a remarqué, ces deux acceptions ont des éléments en commun. D'abord la dualité de sujets et ensuite, même si de façon un peu imprécise, l'existence d'une règle d'action qui permet d'établir un contraste avec l'activité soumise à contrôle. Du fait que cette opération semble orientée vers la correction de l'activité vérifiée, il paraît qu'une certaine conséquence devrait être tirée, mais aucun indice sur la nature et la portée de celle-ci est fournie directement par la notion de contrôle. Ce qui remet directement à la discipline positive des différents rapports intersubjectifs considérés de manière concrète.

Les deux grands types de contrôle, politique et juridique permettent de comprendre les éléments communs et les éléments de diversité dans la signification de la notion de contrôle. Notion polysémique qui nous permet de mieux appréhender le caractère complémentaire des deux formes de contrôle, les différents registres sur lesquels ils opèrent respectivement.

## I. La division du pouvoir, un instrument pour accroître la participation des citoyens: une distribution verticale du pouvoir politique dans la Constitution espagnole de 1978

### 1) Un pouvoir contrôlé, un pouvoir partagé.

La constitution limite le pouvoir et dans cette opération elle le distribue, elle le sépare et cherche les équilibres. Des partages et des équilibres qui répondent à des traditions mais qui aussi sont le résultat d'innovation. Tradition et innovation pour faire face aux transformations politiques et socio-économiques de la période où elle a été conçue (dernier quart du XX s.).

À l'issue de la dictature franquiste la volonté d'homologation avec l'Europe est largement partagée par les citoyens et surtout elle constitue un objectif commun à tous les partis politiques présents au Parlement à partir des premières élections démocratiques (15 juin 1977). L'aspiration d'intégration à la Communauté européenne, communauté d'états démocratiques régi par le droit, c'est traduit non seulement par l'adoption de certaines normes permettant le transfert de pouvoirs dérivés de la constitution (art. 93 CE) mais aussi par la réception des différentes institutions permettant un contrôle majeur du pouvoir (Cour constitutionnelle et Défenseur du peuple). Et, surtout par l'ouverture à la Déclaration universelle des droits de l'homme et à d'autres sources internationales pour interpréter les droits fondamentaux et les libertés que la constitution reconnaît (art. 10. 2 CE).

La Constitution du 1978 dans l'opération de limitation du pouvoir propre à toute norme fondamentale a opérée une distribution. Elle a ainsi établi, à côté de la distribution horizontale du pouvoir – législatif, exécutif, judiciaire, enrichi par l'établissement de la cour constitutionnelle- qui caractérise les états de droit démocratiques, une distribution verticale.

Un partage du pouvoir politique conçu, comme dès le premier constitutionnalisme américain, même si il n'est pas présentée avec cette radicalité, comme un système d'équilibres, de contrepoids. La division du pouvoir contribue de manière décisive à sa limitation. En effet, l'instauration de la démocratie et du nouveau ordre constitutionnel a été

acompañé de la redistribution du pouvoir politico-administratif. Il fallait remplacer le vieux modèle centralisateur que la dictature franquiste avait épuisée jusqu'à la limite. Comme auparavant, pendant la II République, décentralisation et démocratie se présentent comme deux notions inséparables.

La décentralisation politique apparaît comme une forme d'organisation adéquate pour affronter efficacement la complexité de l'état et la société actuelle, les tâches et les fonctions que celle ci demande. La distribution du pouvoir permet l'expérimentation dans la recherche des solutions, la diversification et adaptation des politiques aux exigences de chaque communauté et de chaque territoire ; elle octroie au pouvoir de l'état une grande flexibilité et ductilité pour assimiler et intégrer les conflits qui se produisent au sein de la société (ALBERTI).

La nouvelle organisation politique devait permettre de donner une réponse aux problèmes posés par l'inefficacité traditionnelle d'un état fortement centralisé comme l'Espagne. Il fallait mettre en place un système permettant une gestion des affaires publiques plus proche des citoyens, plus participative et surtout plus efficace.

## 2) Une décentralisation à géométrie variable

La Constitution de 1978 permet une distribution verticale du pouvoir politique soumise à la règle juridique, soumise au droit. Et dont la cour constitutionnelle est la gardienne. En effet, les conflits entre état et communautés autonomes (comme pour les autres pouvoirs de l'état) sont réglés par la cour constitutionnelle. Par sa jurisprudence, la cour constitutionnelle a rationalisé et encadré fortement le débat, le conflit; elle a eu un rôle constructif dans la première phase d'édification de l'«état des autonomies»

La constitution limite le pouvoir, la constitution garante des droits et des libertés. Mais la constitution a une autre fonction, l'intégration de la communauté.

L'intégration, objectif clé en Espagne. La fortune de la transition démocratique était indissociablement liée à l'autonomie basque et

catalane (TOMAS Y VALIENTE, ancien président de la cour constitutionnelle). Accomoder les différents peuples d'Espagne dans l'organisation politique de l'état constituait une question fondamentale et surtout non résolue dans le passé.

Il faut remarquer, puisque c'est une donnée essentielle pour comprendre le contenu et la portée du modèle constitutionnel de décentralisation espagnol, que la réalité était très diverse. Les différents territoires et la façon même dont ils s'identifiaient était très hétérogène ; la volonté d'auto-gouvernement des communautés respectives était très variée.

La volonté de consensus a permis un accord. Un accord qui ne satisfait pas de manière intégrale les différentes positions, mais un accord sur un modèle singulier, avec des caractéristiques particulières, un modèle qui ne répond pas aux définitions classiques mais qui a permis d'agir sur une réalité aussi complexe et hétérogène que l'espagnole.

Un consensus qui a consenti la création de 17 communautés autonomes. Un « état des autonomies » que si l'on se tient à ce que les citoyens des différents territoires en pensent quand ils se prononcent moyennant les élections, ou moyennant les enquêtes périodiquement réalisées fonctionne de manière satisfaisante. Il est un succès, bien que, évidemment, des problèmes, même graves comme le terrorisme basque met en évidence, subsistent. L'Espagne connaît depuis 1977 (date des premières élections démocratiques) la période la plus longue de démocratie de l'histoire contemporaine.

Une période de démocratie et de fort développement économique et social. Développement qui puise ses racines dans les pactes célébrés au moment de la transition, les « Accords de La Moncloa ». À un moment où pour faire face à une très forte crise économique il a fallu faire « appel à la politique » (FUENTES QUINTANA, vice-président aux affaires économiques avec le gouvernement issu des premières élections démocratiques). Des Accords qui avaient un volet politique –institutions démocratiques, régime des libertés, réforme du code pénal, libéralisation de la pillule, décentralisation politique...- et un volet économique –politique monétaire, réforme fiscale, politique sur les revenus...-. Des accords, entre tous les

partis politiques issus des élections qui ont édifié les bases des institutions politiques et économiques de la démocratie et de l'économie politique (TRULLEN).

Un accord qui a été ensuite développé sur le plan constitutionnel sur le modèle d'état. Su une organisation de l'état fondé sur l'unité et l'autonomie. Un accord qui pose des nouvelles bases pour aborder un contentieux historique.

Même avec des formules rhétoriquement complexes, « la constitution trouve son fondement sur l'indissoluble unité de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les espagnols et reconnaît le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui l'intègrent et la solidarité entre elles» (art. 2 CE). Auparavant le préambule reconnaît l'existence de différents peuples, cultures, traditions, langues et institutions.

Ce qui se traduit par une déclaration d'officialité portant sur les « autres langues espagnoles », différentes du castillan (art. 3 CE) et sur d'autres drapeaux (art. 4 CE). Et par l'attribution de valeur politico-juridique aux référendums célébrés dans le passé -II République- (dispositions transitoires CE).

Les éléments clés de ce modèle présentés de manière très synthétique sont les suivants : a) combinaison de l'unité de l'état accompagnée d'une reconnaissance de la réalité plurinationale de l'Espagne, de la diversité de peuples qui l'intègrent, l'unité se base sur le pluralisme et le respect à la diversité; b) un système de distribution des compétences ouvert et flexible, dont les éléments de base sont inscrits dans la constitution -le niveau minimum de pouvoir qui doit rester dans les mains de l'état- mais qui renvoient pour leur concrétion finale à d'autres normes postérieures, notamment les statuts d'autonomie; c) un modèle susceptible de se généraliser, valable pour tous les territoires, pour toutes les communautés qui veulent se constituer. En effet, il ne s'agit plus de résoudre le «problème catalan ou basque», mais de moderniser l'état (PADROS).

La constitution de 1978 n'établit pas de carte territoriale. Elle ne crée pas les communautés autonomes. La généralisation de l'autonomie est



possible mais non nécessaire. Et surtout elle permet l'existence de structures institutionnelles diversifiées et des niveaux différents de compétences. La constitution sanctionne la diversité et dessine une décentralisation à géométrie variable (MALARET).

Une distribution du pouvoir qui consent un meilleur contrôle démocratique, une plus large participation, une responsabilité plus forte des gouvernants; la proximité est un atout. Et surtout, et ce n'est pas un objectif secondaire vue l'histoire de l'Espagne, la réorganisation du pouvoir politique, la décentralisation a été et est un vecteur puissant d'intégration, de cohésion. Intégration intérieure nécessaire pour faire face à l'intégration croissante et accélérée au sein de l'Union Européenne et à la mondialisation des échanges.

La décentralisation politique renforce le sentiment d'appartenance. Idée à ne pas mépriser et qui dans le contexte de la globalisation explique sûrement la poussée en force de la décentralisation ; comme la «devolution» en Grande-Bretagne et les réformes récentes en Italie et la France visant le renforcement des pouvoirs et des responsabilités des organisations sub-étatiques montrent bien.

## **II. Contrôle démocratique et formation de l'opinion publique: les conditions pour l'effectivité de la formation démocratique de la volonté politique**

### **1) Contrôle démocratique et contrôle parlementaire: un contrôle traditionnel, mais un contrôle toujours important**

L'instauration de l'état constitutionnel implique non seulement l'assujettissement du pouvoir au droit mais aussi le transfert de ce pouvoir au peuple. La souveraineté populaire exige l'élection populaire des membres qui composent les organes dans lesquels réside le pouvoir mais elle ne se réalise pas seulement moyennant cette procédure

Edifier la démocratie comme forme de pouvoir de l'état et du gouvernement suppose une certaine organisation du pouvoir. Elle suppose que l'exercice du pouvoir se constitue, se légitime et se contrôle par le peuple, par l'ensemble des citoyens. Par tous les citoyens participant dans

des conditions d'égalité. D'où le rôle des droits fondamentaux qui permettent et garantissent cette participation, le droit de suffrage et le droit d'accès aux postes publics, mais aussi et surtout les droits relatifs à la communication –liberté d'opinion, liberté d'information et de presse, liberté de réunion et d'association-. Des droits constitutifs pour la démocratie puisqu'ils constituent le fondement d'un processus ouvert de formation de l'opinion et de la volonté politique. On y reviendra par la suite.

Dans ce texte, on n'examinera pas les différentes formes de légitimation démocratique liées aux différentes tâches de l'état ni les différents types de légitimation que la diversité d'organisations publiques et de formes d'action de celles-ci exigent. On se limitera à poser certaines questions que l'effectivité du contrôle démocratique suggère.

Dans ce cadre, par contrôle démocratique nous entendons le contrôle du pouvoir par le peuple moyennant les élections périodiques libres et concurrentielles –dans des conditions garantes de l'égalité des participants-, mais aussi le contrôle parlementaire et le contrôle par des institutions créées par le parlement et visant un contrôle plus spécialisé. Evidemment nous ne reprendrons pas maintenant tout le débat sur le contrôle moyennant l'appel périodique à l'électorat qui résout les controverses et les contrastes entre les différentes positions.

Mais même si nous ne l'examinons pas maintenant, nous ne pouvons moins que le rappeler à cause de sa centralité ; en fait c'est ce contrôle qui est la raison d'être du contrôle parlementaire et de tous ceux qui directe ou indirectement en dérivent. En effet, le parlement, représentant du peuple qui détient la souveraineté et duquel précisément émanent les différents pouvoirs (par ex. arts. 1.2 et 66.1 CE) contrôle l'action de gouvernement (par ex. art. 66.2 CE).

Mais avant il faudrait avancer quelques remarques sur la portée et la signification du contrôle parlementaire. Un genre de contrôle qui tend à présent à être sous-évalué à cause du doute qui plane sur son utilité réelle étant donnée le nombre limité de motions de censure qui vont en avant.

Mais comme plusieurs auteurs ont remarqué il faut établir une différence entre le contrôle et l'adoption de la mesure qui dérive du contrôle préalable et surtout celle-ci n'adopte pas nécessairement la forme d'une sanction ou censure de n'importe quel mesure qui suppose l'invalidité de la conduite contrôlée.

Si comme nous avons vu, la justification du contrôle parlementaire se trouve dans le caractère représentatif du parlement et si celui-ci a comme mission constitutionnelle inhérente à la garantie démocratique celle d'être le forum de débat et de publicité (c'est à dire de rendre public) de l'action des pouvoirs publics de façon que le peuple puisse connaître, moyennant les mécanismes de contrôle parlementaire, les activités de l'exécutif et les opinions que celles-ci méritent aux représentants populaires, alors la tâche de contrôle acquiert une importance par elle-même. Indépendamment de la possible présentation d'une motion de censure et de l'effectivité immédiate de celle-ci.

Ainsi la sanction peut consister en une critique formulée de manière publique et qui s'exprime comme contraste à la position, au critère du gouvernement. Ce contraste public peut conduire même, dans certains cas, à que le législatif adopte des mesures qui lui permettent d'imposer sa volonté, adoption d'une loi, un amendement du budget.... Bref comme SARTORI avait déjà signalé il y a quelque temps, le Parlement par le fait même d'exister conditionne le pouvoir.

Comme RUBIO LLORENTE a signalé en définitive l'instrument essentiel c'est la critique publique au sein du parlement, appel au peuple dont la volonté souveraine devra résoudre à faveur de l'un ou de l'autre le contraste de critères. Ainsi mieux que se référer aux processus parlementaires de contrôle il faudrait changer d'angle de vision et concevoir toute l'activité parlementaire sous cette optique. Le parlement n'est pas seulement l'organe responsable du pouvoir législatif. Il est aussi expression du pluralisme politique de la société et donc l'institution où les différentes forces politiques organisées se confrontent pour débattre en public et de manière continue l'action gouvernementale. Et quand de contraste avec l'action gouvernementale il s'agit, la grande protagoniste du contrôle parlementaire est la minorité parlementaire, son appréciation

critique de la politique gouvernementale doit être inexcusablement offerte à la société à fin de garantir que celle-ci continue à être ouverte et donc libre. D'où l'obligation de laisser exclusivement à la volonté de la minorité la décision relative à l'ouverture de certaines procédures ou à l'initiation de certaines démarches (par ex. création de commissions d'enquête).

Et si la fonction principale du contrôle parlementaire (mais non exclusive) est celle de permettre le débat public qui permette au peuple, à l'électorat de disposer sur l'ordre politique et juridique, alors il faudra examiner les conditions pour qu'effectivement la formation démocratique de la volonté politique puisse se former. Et plus concrètement on va se concentrer sur deux questions qui nous permettent de mettre en évidence certains problèmes et le besoin de chercher des solutions adéquates.

## **2) Les conditions pour la formation démocratique de la volonté politique: liberté de communication et droit à l'information**

Comme nous avons signalé auparavant les droits fondamentaux relatifs à la communication (droit de communiquer et de **recevoir** l'information moyennant n'importe quel moyen de diffusion, comme la constitution espagnole sanctionne explicitement, art. 20.1.d) ont un caractère constitutif pour la démocratie. Ils permettent la formation de l'opinion et de la volonté politique ce qui rend possible la participation de **tous**. Et c'est dans ce sens que l'on a pu affirmer qu'ils déploient leur effet dans une double direction, protection de libertés individuelles face aux intromissions des pouvoirs publics et parallèlement en tant qu'ils constituent des valeurs objectives d'une communauté ils obligent le législateur à adopter des mesures permettant la mise en place d'un processus ouvert de formation de l'opinion publique, un processus garant de l'accès de tous à l'information et l'accès de toutes les opinions à l'espace public de communication.

Il est peut-être intéressant de rappeler que les libertés d'expression et d'information ont un contenu différent puisqu'elles protègent des biens distincts. Bien que souvent on les confond. La liberté d'expression l'est de la pensée, l'on exprime ce que l'on pense. C'est à dire elle permet d'exprimer des opinions et en tant que telles subjectives. Par contre,

l'information agit sur les faits. Et les faits sont objectifs. Ce qui arrive c'est que les faits peuvent être jugés ou estimés de manière très distincte, et alors nous rentrons dans le terrain de l'expression. Cette pratique parfois simultanée des deux libertés, bien qu'elles aient deux domaines distincts oblige à introduire des mécanismes pour les préserver mais surtout pour les rendre effectives. Pour leur permettre d'accomplir leur fonction d'être vecteur et condition de démocratie à la fois. Pour garantir un débat public.

Ainsi le législateur doit garantir l'existence d'une information ouverte sur les faits, les propos, les programmes, un échange de perspectives et d'opinions, bref une discussion publique qui permette aux citoyens d'exercer effectivement le droit de participation politique que la démocratie leur attribue. Sans opinion publique ou avec une information escamotée ou partielle la démocratie n'existe pas.

Cette question acquiert une nouvelle centralité face aux nouvelles formes de pouvoir médiatique et quand l'on assiste à des processus de concentration de médias. Des processus d'un niveau non connu auparavant puisqu'ils ont été accélérés sinon même induits par les nouvelles technologies de l'information et la communication et la convergence que celles-ci propicient.

**Ainsi de nouvelles structures doivent être mises en place, la garantie du pluralisme inhérent à la démocratie exige la création d'institutions aptes à la préserver.**

**Depuis les années quatre-vingt l'on assiste à l'émergence de nouvelles autorités qui ont comme mission la garantie du pluralisme interne dans les moyens de communication publics et du pluralisme externe dans les moyens de communications privés.**

Il s'agit de préserver les moyens de communication publics du pouvoir politique, les placer dans une situation d'indépendance vis à vis du gouvernement, les situer hors de la hiérarchie, hors du pouvoir de direction ou de disposition que traditionnellement les constitutions attribuent aux gouvernements par rapport à leurs administrations.

Et parallèlement la concentration du pouvoir médiatique dans certains

grands groupes privés, « producteurs de contenus » pose non seulement un problème de liberté d'entreprise, étant donnée que la concentration peut empêcher l'entrée de nouveaux opérateurs et le développement de la concurrence, mais surtout pose un problème de liberté politique, de démocratie. La réduction du nombre de voix participant au débat suppose en fait la disparition du débat même.

Les mesures traditionnelles de défense de la concurrence dans le marché s'avèrent insuffisantes, la concentration des différents types de médias pose des problèmes de «voix» qui sont des problèmes de démocratie. L'existence d'une position de domaine, de contrôle, d'influence dans le «marché» de la communication doit être contemplé d'une manière différente que la situation dans le marché de l'acier, par ex. Le pluralisme informationnel est une valeur en soi-même. Et le pluralisme suppose la possibilité du public d'accéder à des différents moyens de communication autonomes et indépendants et à des contenus différents.

Ainsi il existe une diversité de régimes juridiques et de critères permettant d'examiner les concentrations dans le domaine de la communication par rapport aux concentrations dans les autres secteurs. La décision d'autoriser une opération de concentration ne dépend pas de la position que l'entreprise résultante occupera sur le marché, mais de l'influence sur l'opinion publique que l'entreprise pourrait acquérir si l'opération se réalisait. D'accord avec ces propos dans le domaine de la communication aucune position dominante serait admise, même si celle-ci est le résultat d'un processus de croissance interne.

Diversité de régimes juridiques qui souvent suppose ou induit une diversité d'autorités de contrôle des concentrations.

Dans ce contexte, les moyens de radiodiffusion publique acquièrent un nouveau défi. Ils ne sont pas condamnés à disparaître, mais pour répondre de manière adéquate ils doivent être puissamment réstructurés, réaménagés. Ils doivent sortir de l'orbite du gouvernement pour se placer dans une position leur permettant d'accomplir leur mission institutionnelle, expression du pluralisme politique, social et culturel (comme l'art. 20.3 CE sanctionne).

Et avec HIRSCHMAN il faut rappeler que quand les collectivités, les individus se voient privés de la «voix», quand ils ne disposent pas de mécanismes leur permettant de se faire sentir et de se faire écouter, il ne leur reste que la «sortie».

### III. Multiplication et diversification des contrôles: vers une certaine spécialisation, Ombudsman et cour de comptes

#### 1) Un enrichissement des institutions de contrôle: << el Tribunal de cuentas >> et ses homologues des communautés autonomes

L'un des aspects les plus importants du contrôle des pouvoirs publics est celui relatif au contrôle des ressources publiques. Pour réaliser cette tâche la constitution espagnole prévoit une institution spécifique, «le tribunal des comptes».

Une institution à caractère mixte ou plutôt hybride.

Elle dépend du parlement, exerce ces fonctions par délégation de celui-ci (art. 136 CE). Elle a comme mission le contrôle parlementaire sur l'exécution du budget ; elle réalise un contrôle d'opportunité.

Mais en tant que cour, elle a aussi une composition -juristes de solide réputation-, un statut -indépendance- et une tâche de contrôle strictement juridique sur la gestion budgétaire (elle établit les infractions et impose des sanctions).

L'instrument central du rapport entre tribunal de comptes, parlement et opinion publique et le **rapport annuel qui est publié dans le journal officiel et discuté au Parlement**. Mais pour qu'il puisse être effectivement un moyen puissant de contrôle par le peuple il faudra que son langage devienne compréhensible, intelligible par les citoyens. Le contenu de ce rapport qui doit expliquer le destin effectivement attribué aux ressources publiques doit passer du domaine des techniciens au domaine des citoyens. **La publicité sans le langage adéquat se transforme en un rite dépourvu de signification et surtout elle ne sert pas au débat démocratique. Elle n'accomplit pas sa mission d'instrument de contrôle démocratique.**

Les statuts d'autonomie des Communautés Autonomes ont repris cette figure et l'ont inscrite dans leur cadre institutionnel.

## 2) Un élargissement de la protection juridique des citoyens et un contrôle non juridictionnel de l'administration: le <<Defensor del Pueblo>> et ses homologues des communautés autonomes

Le contrôle parlementaire du fonctionnement de l'administration est une institution nécessaire, mais en crise permanente.

Nous ne reprendrons pas maintenant les différentes causes qui sont à l'origine de cette situation, ils nous intéressent seulement de retenir l'intensification du protagonisme de l'administration dans la vie économique et sociale. Développement de l'administration qui progressivement se doublera d'une multiplication d'organisations administratives et d'une diversification de celles-ci. Et parallèlement la technification et la complexité des problèmes et de la prise de décisions – protection de l'environnement, de la santé, biotechnologie”- introduiront de nouveaux défis pour l'effectivité du contrôle démocratique.

Ainsi, depuis les années soixantedix l'on assiste à l'émergence de nouvelles institutions de contrôle de l'administration. Des institutions surgies sur la trace de l'ombudsman suédois à un moment où celui-ci montre bien son efficacité et son caractère complémentaire du contrôle parlementaire. Et surtout l'ombudsman est un vecteur puissant de **transparence, de publicité**. Des conditions qui par elles-mêmes sont déjà des éléments de contrôle, comme BOBBIO a insisté récemment.

Des causes plus immédiates de l'émergence de cette nouvelle institution. L'irruption des droits qui confèrent des prestations. Des droits créés par le législateur mais des droits inscrits dans la protection de la liberté et la dignité humaine, valeur présente dans les constitutions d'après-guerre en Europe. Des droits avec un faible contenu économique si individuellement considérés mais une grande signification pour la dignité humaine personnelle. Mais aussi des sujets avec des droits qui n'accèdent pas normalement au juge (prisonniers, malades mentaux, enfants et femmes maltraitées).



Parallèlement, un contrôle de maladministration. Du manque d'administration. D'une administration qui ne répond pas, non seulement aux attentes des citoyens, mais aussi aux demandes des administrés.

La Constitution consacre l'institution du « Défenseur du peuple », haut commissionnaire du Parlement, désigné par celui-ci pour la défense des droits et dans ce but il pourra contrôler l'administration (art. 54CE). A son image, les statuts d'autonomie des différentes Communautés Autonomes ont créé des institutions parallèles. L'instrument privilégié du rapport entre Défenseur du peuple, parlement et opinion publique est le **rapport annuel, sa présentation publique et le débat parlementaire** conséquent.

### III. L'irruption de la participation (par rapport à l'exercice des fonctions administratives) dans le constitutionnalisme récent: Contrôle de l'administration ? Support à la prise de décisions ?

Aujourd'hui la participation apparaît comme un nouveau consensus (KLISKSBERG). En partant de cette affirmation récente nous voulons remarquer comme les positions autour de la participation et la « démocratisation » de l'administration ont pris un itinéraire éclectique, voie qui explique ce consensus.

La participation des citoyens, des associations et des organisations économiques, syndicales et professionnelles à la prise de décisions administratives, bref une administration participative et non bureaucratique n'est plus considérée comme contraire à la démocratie (thèse soutenue par KELSEN).

Parallèlement, la participation a perdu son auréole, elle n'est plus le vaccin pour remédier les défauts, les manques de la démocratie représentative. Mais il est quand même vrai que la participation crée un climat de confiance qui contribue à améliorer l'intégration des citoyens dans la communauté et aussi, d'un point de vue différent elle augmente le rendement des politiques publiques.

La constitution espagnole de 1978, fruit de son époque n'a pas été étrangère à cette perception. Ainsi MARTIN RETORTILLO a pu

remarquer que son texte est riche en registres participatifs. Ainsi dans plusieurs dispositions elle prévoit la participation des parents, des professeurs et des élèves dans le contrôle et la gestion des centres d'enseignement soutenus avec des ressources publiques (art. 27.5), des associations de consommateurs aux décisions administratives (art 51.2), des associations et organisations aux procédures réglementaires et des <<intéressés>> à la gestion de la sécurité sociale (art.129). La portée et la nature –participation à la procédure ou participation dans des organes-de cette participation doit être définie par la loi.

Mais, et c'est une question fondamentale, cette participation apparaît comme complémentaire de la participation des citoyens aux affaires publiques directement ou à

travers des représentants librement élus au suffrage universel et moyennant des élections périodiques (art.23). Participation politique qui est protégée par le statut constitutionnel de droit fondamental ; c'est à dire qui n'est pas disponible par le législateur. Participation politique qui a le complément d'autres institutions sanctionnées dans la constitution, le referendum –seulement consultatif- (art.92) et l'initiative populaire pour présenter des projets de loi (art.87). Referendum au sujet duquel nous ne pouvons pas oublier qu'il s'agit d'un mécanisme exceptionnel pour une situation exceptionnelle.

**La participation politique destinée à former la volonté populaire pose des limites à l'autre participation.** A la participation administrative.

**A une participation vue comme moyen de combler les lacunes de la loi, de remplir les espaces de discrétionnalité que le législateur a confié à l'administration.**

L'hétérogénéité des intérêts en présence, les difficultés d'obtention d'information de la part de l'administration renforcent l'exigence d'écouter, de tenir compte des opinions et des besoins des destinataires de la décision. Les difficultés que suppose appliquer une décision non comprise, ou même de mauvaise qualité et les coûts –surtout en termes de temps-que ce-ci suppose sont à l'origine d'une extension de la participation.

Mais il faut aussi ajouter que ces <<prévisions>> constitutionnelles, cette volonté d'augmenter la participation qui par la suite a été élargie par le législateur, sont restées souvent vides de contenu, simple rhétorique.

Faute d'une culture de dialogue et surtout quand manque la tradition de recherche du consensus, la participation peut devenir un alibi ou pire alors, elle peut légitimer un transfert de responsabilité à certains acteurs privés disposant des moyens et des ressources suffisants pour se faire entendre.

Ainsi dans certains domaines nous pouvons retrouver la situation suivante ; l'administration <<fait semblant de>>, elle feint d'écouter sans tenir compte des apports, ces suggestions des participants divers et ceci renforcé par le fait que la jurisprudence administrative ne considère pas ce vice comme suffisant pour annuler la décision. La participation reste alors comme une disponibilité et non une obligation de l'administration. Et surtout les acteurs sociaux se voient découragés et peu enclins à faire l'effort d'apporter leurs idées, leurs points de vue.

Les recherches sur la pratique de la participation montrent souvent qu'il y a un écart entre la volonté de participer et la réalité de la participation.

A mon avis les caractéristiques de la participation dans le cadre du système juridique espagnol montrent comme celle-ci est un vecteur de démocratisation de la prise de décisions. C'est vrai que ceci suppose un facteur de contrôle puissant, mais cette facette apparaît souvent plus nébuleuse. En tout la participation suppose et impose une **transparence**, sert de garde-fou contre toute déviation et permet de déceler à temps une situation indésirable qui pourra dès lors être redressée.

Des nouveaux espaces, des domaines occupés auparavant par des formules d'organisation bureaucratique ou hiérarchique sont maintenant transformés, bien que encore de manière limitée. Mais la semence est posée.

A côté de la participation administrative la constitution espagnole prévoit la participation aux fonctions juridictionnelles moyennant la création des Jury (art.125).

## Considérations finales

La constitution cadre et mesure du pouvoir établit les contrôles, mais l'effectivité de ceux-ci est directement liée à l'existence d'une culture politique démocratique, à une certaine homogénéité sociale, économique et culturelle. Et si c'est vrai comme avait signalé STUART MILL que la participation politique est source de formation, il est aussi vrai que la diffusion et la mixtion du pouvoir, ses nouvelles formes sont aussi source d'une demande renouvelée de formation et d'éducation.

La décentralisation, la redistribution du pouvoir politique est un vecteur puissant de participation politique ; le partage du pouvoir contribue de manière décisive à sa limitation, mais surtout à son contrôle. La décentralisation du pouvoir permet non seulement d'augmenter la démocratie, mais aussi de mieux gérer les services publics et de contribuer au développement économique et social. L'échelonnement du pouvoir politique, la création de nouvelles instances permettant de gouverner les propres affaires de la communauté constituent des atouts capables de faire face de manière flexible aux circonstances mutables de nos sociétés. De sociétés chaque jour plus multiculturelles et où la diversité apparaît comme un facteur de richesse.

Le rapport entre institutions représentatives, moyens de communication et formation de l'opinion publique a été toujours un sujet polémique à cause de sa centralité sur le fonctionnement démocratique du pouvoir. Certainement « l'ingénierie constitutionnelle » peut y apporter des remèdes limités, mais si c'est ainsi alors la conscience sur la portée de ce problème et la vigilance sur ces rapports, devient une question essentielle. Bien cerner les obstacles qui s'opposent à la construction ou au développement de l'opinion publique devient une tâche essentielle pour élaborer les politiques permettant de les surmonter.

A nouveau, l'éducation pour la citoyenneté est la grande défi à l'aube de ce nouveau millénaire.

L'exigence de contrôles, sa multiplication en différentes composantes, son approfondissement et enrichissement sont à la source de nouvelles institutions. Diversité d'institutions et de techniques de contrôle qui

quelque fois se superposent comme si des terres d'alluvion il s'agissait,  
Dépôt alluvial qui a un risque, un effet pervers, la neutralisation des effets  
ou exigences respectives. La recherche des équilibres s'avère essentielle.

**GLOBALISATION - VALEURS UNIVERSELLES**  
et  
**SOUVERAINETÉ NATIONALE**

Prof. Dr. Jean DUFFAR

(Paris Val De Marne Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

1. Il faut d'abord remercier l'Union des Barreaux de Turquie d'avoir inscrit dans le programme de ce congrès un thème de réflexion aussi actuel et de l'avoir formulé d'une manière ouverte. Aussi ai-je utilisé de la liberté qui était offerte pour en articuler l'exposé autour des deux points suivants:

I- Globalisation et Valeurs Universelles

II- Globalisation et Souveraineté Nationale

les volumes une fois répartis, comment en définir les éléments

2. D'abord la globalisation est le facteur commun aux deux parties de cet exposé. Le terme est synonyme de mondialisation. C'est un processus par lequel la planète se transforme rapidement en une seule entité économique intégrée, fusion des marchés économiques qui dépasse les Etats Nations (1). Les éléments moteurs de la mondialisation seraient le capitalisme, la concurrence sur le marché libre, la privatisation, la déréglementation, ainsi que la maximisation des bénéfices (2).

- 
- (1) Pour l'ensemble voir: M. DEMİRALP et Mme VERSPAGET, Rapport sur l'organisation mondiale du commerce et l'application des règles de l'Uruguay Round, Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe 12 Juillet 1996 DOC. 7618 25 p. et M.J.OLOKA-ONYANGO La mondialisation en considération de l'augmentation des incidents de racisme, de discrimination raciale et de xénophobie. E/CN. 4/Sub.2/ 1999/8 22 juin 1999.
- (2) Réunion consultative sur la conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée tenue à BELLAGIO du 24 au 28 janvier 2000 A/CONF. 189/PC 1/10, 8 mars 2000.

3. Il devrait être plus facile d'identifier les "valeurs universelles" de la vie sociale et politique. Ne pourrait on convenir qu'elles se trouvent résumées dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948? Même si lors d'un précédent colloque organisé à Istanbul en décembre 1998 par le Professeur KABOGLU, nous avons malheureusement constaté que l'ambitieux programme de la Déclaration n'était pas encore réalisé, celle-ci cependant demeure "l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations". Cette universalité du contenu est encore fortifiée par l'universalité des bénéficiaires: chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés qu'elle proclame "sans distinction aucune" (article 2) tous étant égaux devant la loi (article 7) en dignité et en droits (article 1).

4. La "Souveraineté Nationale" est bien connue des juristes surtout de droit public. Elle comporte un double critère, d'une part la généralité de la compétence reconnue à l'Etat d'autre part sa dépendance immédiate à l'égard des règles internationales. La compétence générale de l'Etat implique son exercice dans tous les domaines: constituant, moral, religieux, et même économique son exercice dans tous les domaines: constituant, moral, religieux, et même économique. Traditionnellement, l'Etat souverain se définit par l'autonomie constitutionnelle et la compétence des compétences (3). Ces formules sont-elles encore exactes?

## I- GLOBALISATION et VALEURS UNIVERSELLES

5. Ne devrait-on pas constater une convergence entre la globalisation, processus universel qui se présente comme un idéal économique commun, et les valeurs également universelles de la Déclaration de 1948? La réponse pourrait être modulée selon que la globalisation affecte ou non les droits civils et politiques (§1) et les droits sociaux et économiques (§2) sans ignorer les valeurs économiques universelles apportées par la Globalisation elle-même (§3).

---

(3) CARRE de MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1929, I, 88-91, G.SCELLE, Manuel de Droit international public, 1943, 73-81; J. DABIN, Doctrine générale de l'Etat 1939, 111-125. Ch. ROUSSEAU, L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international, Rec. Ac. Dt international, 1948-III.

## § 1 GLOBALISATION et DROITS CIVILS ET POLITIQUES

6. En principe, la globalisation, processus économique devrait être indifférente à l'affirmation et à la reconnaissance des droits civils et politiques. Encore que ceux-ci ont nécessairement des incidences économiques dans leur mise en oeuvre. Mais en quoi la nécessairement des incidences économiques dans leur mise en oeuvre. Mais en quoi la globalisation pourrait-elle interférer avec les droits suivants:

a) *l'intégrité de la personne*: Personnalité juridique, (article 6), Droit à la vie (article 3), interdiction de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 5), interdiction de l'esclavage et de la servitude (article 4).

b) *ou encore le droit à la liberté et à la sûreté*:

interdiction des privations arbitraires de liberté (article 9), Droit au procès équitable et présomption d'innocence (article 10), Liberté d'aller et venir (article 13),

c) N'en ira-t-il pas de même avec les *libertés de l'esprit*: la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18). Qui plus est lors de la réunion de BELLAGIO des 24-28 Janvier 2000 à propos de la liberté d'opinion et d'expression, il a été souligné que la propagation des techniques de l'information qui est un élément central de la mondialisation peut offrir de grandes d'acquisition de connaissances aux groupes et aux peuples marginalisés (4);

d) et même les *droits politiques* ne devraient pas être affectés par la mondialisation et en particulier le droit de toute personne de prendre part à la direction des affaires publiques et d'accéder aux fonctions publiques de son pays (article 2-1).

7. Et pourtant même dans cette catégorie de droits ici étudiée, la globalisation aurait des effets singulièrement sur les principe de non discrimination et d'égalité qui est le socle universel de tous les droits de

---

(4) A/CONF 189/PC 1/10, 8 mars 2000, n° 19.



l'homme. Un thème récurrent dans les documents préparatoires de la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance est: "les effets de la mondialisation dans le contexte de la recrudescence de manifestations du racisme et les fondements économiques du racisme" (5). Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a suggéré que soit inscrit à l'ordre du jour provisoire de la conférence: "Incidences de la mondialisation de l'économie et égalité raciale (6).

L'emprise de la Globalisation est à l'évidence plus sensible sur les droits sociaux et économiques.

## § 2 GLOBALISATION ET DROITS SOCIAUX ET ECONOMIQUES

### -A- Droits sociaux

8. La concurrence qui est le fondement de l'implantation sur un marché aboutit à ce que le produit ou le service offert au prix le plus bas trouve plus facilement preneur. Une telle logique impliquée par la globalisation peut-elle se concilier avec des valeurs universelles qui exigent de la part des Etats des prestations positives qui nécessairement surenchérisent le prix des produits et des services?

9. Ces valeurs sont inscrites dans la Déclaration et procèdent toutes de la Dignité de la personne humaine: Droit au travail, à une rémunération équitable et satisfaisante assurant au travailleur et à sa famille une existence conforme à la dignité humaine "article 23", droit à une "limitation raisonnable de la durée du travail et à des congés payés ériodiques" (article 24), Droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille et droit à la sécurité en cas de perte d'emplo (article 25).

10. Au nombre des droits sociaux qui entraînent des dépenses publiques,

---

(5) Contribution de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme A/CONF 189/PC 1/13/Add. 16 mars 2000.

(6) Ordre du jour provisoire de la conférence, Projet de Règlement intérieur (...) A. CONF 189/PC 1/2, 13 Avril 2000, p 4.

il faut mentionner le droit à l'éducation reconnu par l'article 26 à toute personne; elle doit être gratuite au moins en ce qui concerne l'enseignement élémentaire et fondamental.

11. Plus généralement l'article 22 de la Déclaration établit une synthèse des droits sociaux auxquels tout citoyen d'une "société démocratique" devrait pouvoir prétendre: "toute personne en tant que membre de la société a droit à la sécurité sociale; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays (7). Sans doute la conférence de BELLAGIO a-t-elle marqué que l'ouverture des marchés peut offrir des possibilités dans le domaine de l'économie et du travail et encourager le développement mais il ne faut pas méconnaître le risque qu'une globalisation non contrôlée pourrait faire peser sur les droits sociaux (cf infra).

### -B- Droits Economiques

12. Dans les droits économiques un développement particulier doit être consacré au droit de propriété. "Toute personne aussi bien seule qu'en collectivité a droit à la propriété" et à son prolongement au paragraphe 2 de l'article 27: "chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production" scientifique littéraire ou artistique dont il est l'auteur". Le paragraphe 1 c de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels du 16.12.1966 (PIDESC) ratifié par 143 pays a repris la formulation de la Déclaration qui a été prolongée et développée dans l'accord de

---

(7) Le conseil Constitutionnel Français a affirmé que la "sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toute forme d'asservissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle "(343-344 DC BIOÉTHIQUE, 27-7-1984). Pour la réduction éventuelle des budgets sociaux, (droit à l'alimentation, droit à l'éducation, droit au logement, droit à la santé) M.FANTU CHERU, Effets des politiques des politiques d'ajustement structurel sur la jouissance effective des droits de l'homme, commission des droits de l'homme E/CN.4/1999/50, 24 Février 1999, p 23, 24.

L'Organisation mondiale du Commerce (OMC) sur les aspects des Droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC de 1994) (8).

13. Sans doute dans son préambule, l'accord reconnaît-il quel les "D.P.I sont des droits privés"; l'article 8 § 2 précise-t-il que" des mesures appropriées (.....) pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des D.P.I par le détenteur des droits". Les membres sont aussi autorisés à exelure les végétaux et les animaux de la brevetabilité (article 27 3 b), ainsi que les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement (9).

14. Ces dispositions qui se veulent rassurantes n' ont pas désarmé toutes les préventions qu'a suscité l'A.D.P.I.C. Celles-ci se fondent en particulier sur l'important arrêt de la Cour Suprême des Etats Unis DIMOND c/CHAKRABARTY (10) qui a décidé qu'une souche bactérienne génétiquement modifiée, capable de casser les molécules de pétrole brut était brevetable et répondait aux critères de nouveauté et d'utilité. Ainsi est-il apparu à la sous commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme: "qu'étant donné que l'A.D.P.I.C. ne rend pas compte comme il convient de la nature fondamentale et de l'indivisibilité de tous le droits de l'homme, notamment le droit de chacun de jouir des bien faits des progrès scientifiques et de leurs applications, le droit à la santé, le droit à la nourriture et le droit à l'autodétermination, il y a des conflits apparents entre le régime relatif aux droits de propriété intellectuelle contenu dans l'Accord d'une part et le droit international relatif aux droits de l'homme de l'autre" (11). La durée de la protection offerte par un brevet

---

(8) 107 des 137 Etats membres de l'O.M.C ont ratifié le P.I.D.E.S.C

(9) Comité des Droits économiques sociaux et clturels, la propriété intellectuelle en tant que droit de l'homme obligations découlant de l'article 15 1) c e/C. 12/2000/12 3 October 2000 p 14-15.

(10) 477 U.S 30 (1980)

(11) Résolution adoptée le 17 Août 2000 E/CN 4/Sub 2/2000/7 rapportée in E/C. 12/2000/12, 3 Octobre 2000, p 4.

a été fixée à 20 ans (article 33) et celle des marques à 7 ans renouvelable sans limitation (article 18). On a relevé que la prolongation dans le temps de cette propriété diffère la date à laquelle des connaissances tombent dans le domaine public et affecterait par voie de conséquence des droits de l'homme aussi fondamentaux que le droit à la santé et à une alimentation suffisante (12).

15. Pourtant l'ADPIC se borne à tirer toutes les conséquences possibles d'une "valeur universelle" de droit positif: le droit de toute personne de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (PIDESC art 15 § 1 c). Ainsi l'adhésion de l'OMC aux conséquences ultimes de la protection du droit de propriété apparaît cependant à certaines institutions internationales et organisations non gouvernementales de protection des droits de l'homme comme difficilement compatibles avec d'autres "valeurs universelles" d'importance égale (13). Il faut, pour terminer ce développement, rappeler que si la globalisation affectait de manière négative la jouissance des droits affirmés dans la Déclaration, elle entrerait en conflit avec l'article 28 qui assure que "toute personne a droit à ce que règne sur le plan social et sur le plan international un ordre tel que les droits et libertés énoncés dans la présente Déclaration puissent y trouver un plein effet".

### § 3 LES "VALEURS UNIVERSELLES "ECONOMIQUES DE LA GLOBALISATION

16. Comment n'existeraient-ils pas des convergences entre les "valeurs universelles" énoncées dans la Déclaration universelle et celles qui résultent des principes et de la mise en oeuvre de la globalisation? Ne sont-elles pas les unes et les autres universelles et ne peuvent-elles être perçues

---

(12) Commission des Droits de l'homme, Exposé de l'Association américaine des juristes, E/CN.4/2000.N.GO/90, 11 février 2000, p. 4.

(13) Commission des Droits de l'homme, Exposé écrit présenté par la coalition internationale Habitat et la Fédération luthérienne mondiale E/CN.4/Su.262000/NGO/14 28 Juillet 2000 et exposé écrit "le Droit au développement" par Human rights advocates, Inc E/CN.4/2000/NGO 139, 13 mars 2000.

comme complétant au plan économique les droits affirmés par la Déclaration? Dans leur formulation la constatation est exacte puisque toutes les "valeurs universelles" économiques procèdent schématiquement de la liberté qui est aussi le centre de la Déclaration: favoriser l'instauration généralisée du libre échange économique international. Pour y parvenir, il faut que les droits de douane s'abaissent généralement et progressivement, que les restrictions quantitatives soient prohibées, que la clause de la nation la plus favorisée s'étende avec le traitement national qui n'est rien d'autre que l'expression juridique de la non discrimination en matière économique: égalité de traitement entre produits importés et produits nationaux similaires (14).

17. A l'intérieur de la Communauté Européenne des principes similaires s'appliquent marqués par une intégration avancée mais limitée au territoire de l'Union. La police de la libre concurrence est assurée au niveau communautaire et son application concrète repose sur les quatre grandes libertés de circulation: marchandises, personnes, services et capitaux. Ces nouvelles valeurs universelles ne manquent pas d'attrait notamment pour les personnes dans l'Union Européenne. Le "citoyen de l'Union" travailleur, étudiant, sans profession peut entrer sur le territoire de tout Etat membre, s'y déplacer et y séjourner librement sans limitation de durée. Dans leur principe et même dans leur concrétisation pour ceux qui sont en mesure d'en bénéficier, les valeurs économiques de la globalisation universelles ou Européennes ne manquent pas de séduction. Les réserves qui ont été exprimées par certaines organisations (cf supra) tendent à voir diminuer le nombre de "victimes" de la globalisation et en revanche augmenter le nombre de ceux qui en bénéficient.

## II. GLOBALISATION ET SOUVERAINETÉ NATIONALE

18. Les deux termes de cet intitulé paraissent antinomiques paraissent antinomiques. La globalisation, la mondialisation s'applique à la planète à

---

(14) Th. FLORY, L'organisation mondiale du commerce Droit institutionnel et substantiel, Bruylant, 1999 p 33-42 et D. CARREAU, Th. FLORY, P. JUIL-LARD, Droit international économique, L.G.D.J, 3 eme édition 1990 p 106-120.

l'universel au contraire la Nation, l'État sont comme des provinces, es parties de ce vaste ensemble (15). les conflits sont inévitables: la globalisation tend à la fusion des marchés économiques nationaux qui échappent au moins partiellement à l'autorité, à la fusion des marchés économiques nationaux qui échappent au moins partiellement à l'autorité, à la souveraineté économique de l'État (§ 2).

19. En revanche, de même qu'il été observé dans la première partie de cet exposé que la mondialisation était en principe indifférente à l'exercice des droits civils et politiques, de même la souveraineté juridique de l'État n'est pas en principe ou en apparence affectée par la globalisation (§ 1). Ce seront les divisions de cette seconde partie.

### § 1. LA GLOBALISATION N'A PAS SUPRIME LA SOUVERAINETÉ JURIDIQUE DES ETATS

20. D'abord, il entre toujours dans la compétence des États de conclure traités (jus tractuum) sauf dans le domaine où par un acte souverain ils auraient délégué cette compétence.

a) Au titre de l'article 133 (ancien article 113) du Traité CE, la Communauté détient la compétence exclusive en matière de politique commerciale commune et la Communauté est seule compétente au titre de l'ancien article 113 pour conclure les accords multilatéraux relatifs au commerce des marchandises (avis 1/94 du 15 novembre 1994 de la Cour de Justice des Communautés Européennes).

b) La loi constitutionnelle française n° 92554 du 25.6.1992 insère dans la Constitution de 1958 l'article 88-2 suivant: "sous réserve de réciprocité, et selon les modalités prévues par le traité de l'Union Européenne signé le 7 février 1992, la France consent aux transferts de compétence nécessaires à l'établissement de l'Union Economique et monétaire Européenne.

---

(15) J. OLOKA-ONYANGO et DEEPIKA UDAGAMA, la mondialisation et ses effets sur la pleine jouissance de tous les droits de l'homme, commission des Droits de l'homme E/CN. 4/Sub. 2/2000/13, 15 juin 2000, 44 p.

21. Une fois à l'intérieur des "systèmes" créée par certains traités, les Etats conservent la possibilité de demander des dérogations à leur application. C'est ainsi que les exceptions, dérogations, et clauses de sauvegarde constituent un élément du système GATT-OMC. Les exceptions de l'article XX (Exceptions général soit en vue de protéger certaines valeurs qui se rattachent à la souveraineté nationale et aux conceptions de l'éthique propres à chaque Etat (ordre public, moralité et santé publique, vie des personnes et des animaux, préservation des végétaux, des ressources naturelles, répartition en cad de pénurie soit d'assurer la sécurité internationale et interne de l'Etat. La souveraineté juridique de l'Etat s'exerce aussi par le recours éventuel à l'article XIX, c'est à dire à des mesures d'urgence, de protection contre des importations causant un préjudice grave à ses producteurs nationaux (16).

22. De même le traité instituant la Communauté Européenne contient des dispositions qui permettent aux Etats pour des motifs tirés de l'ordre public, de la sécurité, de la santé et de la moralité publiques ou de la protection des trésors nationaux, de restreindre la liberté de circulation des marchandises (article 30), des travailleurs (article 39), des services (article 46), et des capitaux (article 58). Le traité lui-même (article 39 § 4 et 45) excente des libertés de circulation des personnes les emplois dans l'administration publique (17).

23. Enfin la globalisation n'a pas supprimé les fonctions irréductibles de l'Etat qui consistent d'abord à exercer sur un territoire donné et à l'égard d'une population majoritairement nationale l'ensemble des fonctions administratives: défense, police, justice, finances avec un personnel propre qui est uni à l'Etat par le lien de nationalité (ef supra). Par delà ces fonctions administratives au sens large, le maintien de la cohésion sociale et nationale en toutes circonstances et notamment dans des circonstances exceptionnelles relève de la compétence de l'Etat.

---

(16) D.CARREAU, Th.FLORY, P.JULLIARD, op., cit, p 133 et s; Th. FLORY, op, cin n° 119 et s.

(17) Commentaire article par article de Traité UE et CE sous la direction de Ph. LEGER, 2060 p.

## § 2 LA GLOBALISATION EST SUSCEPTIBLE D'AFPECTER LA "SOVERAINETÉ" POLITIQUE ET ECONOMIQUE DES ETATS

24. Les rapports évoqués dans cet intitulé sont le plus souvent décrits sous un jour politique voire plémique, rarement juridique. Les critiques les plus juridiques procèdent du paragraphe 1 de l'article du PIDESC "tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes En vertu de ce droit, ils développent économique, social et culturel". Selon ces critiques cette "souveraineté" économique se trouverait entravée d'une part par les institutions financières internationales, d'autre part par les sociétés transnationales.

### -A- les institutions financières internationales

25. Les institutions financières internationales continueraient à considérer le développement sous l'angle du produit notional brut, approche qui exclurait les facteurs de la santé, de la protection sociale et de l'environnement. Le même reproche est fait à l'OMC qui ne tiendrait pas compte de l'effet du libre échange sur les droits de l'homme à l'environnement (19). L'obligation de reconnaître les brevets relatifs aux espèces vivantes irait à l'encontre du principe d'autodétermination dans la mesure où se trouve limitée la faculté des peuples de maîtriser leurs ressources génétiques et naturelles (20) et pourrait entrer en conflit avec les valeurs culturelles et religieuses selon lesquelles la vie a un caractère sacré.

(18) Ch. LEROY, Les rapports contemporains entre l'Etat et le marché: Essai d'interprétation, revue administrative, sept., Oct. 1996, p 515.

(19) Human rights advocate Inc, Le droit au développement, Commission des droits de l'homme. E/CN. 4/2000/NGO/139 13 mars 2000.

(20) L'article 3 de la Convention sur la diversité biologique adoptée le 5.6.1992 dispose:

"les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leurs juridictions ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale" E/CN. 4. /2000 NGO/99 11 février 2000



Par ailleurs, les critiques contre les institutions internationales sont principalement dirigées contre les programmes d'ajustement structurel (P.A.S) dont l'adoption constituait la condition pour obtenir le réchelonement de la dette. En 1990, 187 P.A.S environ avaient été mis en oeuvre, administrés par le F.M.I en Afrique et en Amérique Latine. Selon ces critiques, il en serait résulté un condominium FMI-Banque Mondiale sur ces pays d'où la réduction du rôle de l'Etat, la déréglementation, la privatisation des entreprises publiques, et le développement du libre échange;

Dans un document intitulé "la bonne gestion publique" publié en 1997, le F.M.I. été inspiré par le fait qu'un éventail de réformes d'ordre institutionnel s'impose au pays qui souhaitent susciter et préserver la confiance du secteur privé et par là jeter les bases d'une croissance soutenue. Au nombre de celles-ci le document mentionne les réformes institutionnelles concernant le Trésor, le budget, le fisc, comptabilité et vérification des comptes, lutte contre la corruption et nécessité de la transparence (21).

### **-B- Les sociétés transnationales**

26. les mêmes critiques s'adressent aux sociétés transnationales suspectées de porter atteinte à la souveraineté économique de certains Etats. Ces entreprises sont à la mesure du marché mondial et dans certains cas financièrement plus riches que les Etats avec lesquelles elles négocient. (22) Ainsi des sociétés transnationales auraient préparé un projet de loi américaine de 1997 destinée à venir en aide aux Etats de l'Afrique subsaharienne qui n'a pas été adoptée, mais qui aurait exigé de tout gouvernement demandeur qu'il applique les mesures suivantes: "programme d'ajustement structurel, candidature auprès de l'OMC et

---

(21) cité par J.OKA - ONYANGO et Deepika Udagama Op.cit, p 12.

(22) M.El-HADJI GUISSÉ, la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels. La question des sociétés transnationales E/CN.4/Sub 2/2000: 12, 28 Août 2000.

respect de ses critères, octroi aux sociétés transnationales du traitement notional, réduction des dépenses domestiques (santé, éducation, environnement) et des impôts sur les entreprises étrangères et nationales, privatisation et ouverture de l'économie et des ressources naturelles aux sociétés transnationales (23).

Point est besoin d'insister sur le poids que ces entreprises peuvent exercer pour obtenir certains avantages dont la "zone franche" fournit un exemple. Elle constitue souvent une dérogation à la législation fiscale, sociale et bénéficie de subventions publiques: prix des terrains, de l'électricité et des services (24). Enfin le sujet n'est qu'évoqué "in fine", les entreprises multinationales sont devenues dans des conditions sans doute à préciser des sujets actifs de droit international public. Elles concurrencent directement l'Etat souverain, l'investisseur privé pouvant invoquer directement le traité conclu entre l'Etat dont il est le ressortissant et le pays d'accueil dans un arbitrage rendu en application de la clause CIRDI (25).

27. Pour terminer - un sujet d'une telle ampleur ne se prête pas à conclusion après une analyse aussi sommaire - sera reproduit l'extrait suivant du rapport de la Conférence de BELLAGIO des 24-28 janvier 2000 "La mondialisation est le monopole du "secteur privé" dont les objectifs essentiels, les profits" et l'accumulation de richesses, sont souvent contraires aux objectifs de la bonne gestion des affaires publiques dans la justice sociale et l'équité. En faisant une large place au secteur privé, la mondialisation réduit le rôle de l'Etat ou plutôt les Etats abandonnent leur responsabilité de l'Etat est évidente, considérant que la mondialisation s'instaure de façon concrète à la suite de lois et de

(23) CETIM, Le droit au développement, commission des droits de l'homme E/CN.4/2000 NGO/99 11 février 2000.

(24) M.FANTU CHERU, op. cit p 25.

(25) PM. DUPUY, Droit international Public, Dalloz, 1998 n°2, 25-1 et surtout n° 600-1 p 590-991 . L'auteur ajoute: "la tendance lourde du droit international des investissements réside dans l'affranchissement de l'entreprise à l'égard de l'Etat hôte de l'investissement" p. 591.

politiques adoptées au niveau national. Il s'agit d'un point important face au phénomène de la “course vers le bas” dans laquelle les pays pauvres s'efforcent d'attirer les investisseurs privés en abaissant leurs normes, notamment en matière de réglementation concernant l'environnement et la protection sociale, par rapport aux normes que les investisseurs seraient tenus de respecter dans leur propre pays (26).

---

(26) A/CONF. 189/1/10, 8 mars 2000.

## L'ETAT DE DROIT POSTCOMMUNISTE : SES AMBIGUÏTES (1) ACTUELLES

### REVELEES PAR LA PRESSION DE L'ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL

*La démocratie constitutionnelle prise à contre temps  
entre les urgences politiques et les récurrences culturelles.*

**Prof. Dr. Slobodan MILACIC**

(Balkan Araştırmaları Enstitüsü Müdürü, Montesquieu Bordeaux-IV)

Une fois l'euphorie hypothétique des premières années du postcommunisme passée, puis, l'ère consécutive des "désenchantements de la liberté" (G. HERMET), le moment des bilans plus froids, à partir d'échantillons plus diversifiés, semble venu. Après l'émancipation ("la décolonisation", d'après M. FERRO) des Etats (2), sortis des "camps", des "fausses fédérations" ou des "emprises" partisans, c'est la période de la mise en place d'un système représentatif libéral, base de la construction démocratique, plus ou moins bien ou "mal partie" (R. DUMONT), selon les pays et les sous-ensembles (3). L'heure de la consolidation démocratique semble sonnée pour les trois Etats du groupe de VISEGRAD, notamment

- 
- (1) Jusqu'à un certain seuil, l'ambiguïté est, paradoxalement, utile, voire fonctionnelle en démocratie, puisqu'elle facilite les compromis, toujours - potentiellement - à géométrie variable ; chacun espérant faire valoir le sens qui lui est plus favorable, in fine. A forte dose, cependant, l'ambiguïté apparaît comme l'antonyme de la transparence, exigence primordiale du bon fonctionnement démocratique : à la fois légitime et efficace.
  - (2) Ils sont presque une trentaine, aujourd'hui.
  - (3) Mais, les situations apparemment diverses ne doivent pas empêcher la recherche légitime de la typicalité commune, ne serait - ce que du fait d'une bonne partie de vie commune, très conformisante, dans le passé, quinquagénaire ou presque séculaire, pour les Etats de l'ex - URSS.

(Pologne, Hongrie, Tchéquie); à l'opposé, les cinq pays ("stan") d'Asie Centrale, chers à H. CARRERE d'ENCAUSSE ("L'empire éclaté") n'en sont pas encore à l'étape du "take off" (ROSTOW) - libéral. Partout, cependant, l'Etat de Droit tient la place d'une référence légitimante majeure. Alors même que dans l'aire du "postcommunisme proche" on constate une stagnation dans l'affirmation réelle de l'Etat de Droit, légitimement considéré comme l'autre profil - juridique - de la démocratie politique (4).

Or, la transition est "par nature" ou "par vocation" un processus fragile qui se soumet difficilement à l'exigence juridique. Tout d'abord parce qu'il s'agit d'un processus de relève de légitimités qui est sous-tendu par un consensus mou. Mais au-delà de cette donnée fondamentale il y a des contraintes plus spécifiques du point de vue de l'Etat de Droit. Notamment en ce qui concerne l'impératif de stabilité des normes ; même si elle n'est que relative, celle-ci est le principal paramètre de la fameuse "sécurité juridique", indispensable au nouveau "commerce politique". Il y a - aussi - la transparence, c'est-à-dire la lisibilité du système grâce à sa cohérence globale, qui laisse encore beaucoup à désirer. Non seulement parce que l'Etat de Droit n'est pas encore une réalité juridique suffisamment compacte dans la sphère du public et du privé; mais aussi, parce que les incohérences que l'on a pu constater dans le domaine du Droit constitutionnel, avec le phénomène dit des "petites constitutions" - nouvelles, incrustées dans les "grandes constitutions" - anciennes se retrouve au niveau du Droit, en général.

Notre point de vue sera plutôt critique, comme en contre - point d'un certain optimiste c'est-à-dire volontarisme juridique ambiant. Il essaiera de mettre en exergue, en amont, le poids idéologique c'est-à-dire, symbolique qui se fait sentir sur les stratégies de développement juridique; et, en aval, les récurrences culturelles comme freins à une

---

(4) Notre "grille de lecture" implique le postulat de la démocratie comme "un ordre essentiellement politique, juridiquement encadré". La médiation par le politique et le juridique y étant fondamentale. Par conséquent, si, éventuellement, l'Etat de Droit pourrait être envisagé comme "a - démocratique" (M. TROPPER), la démocratie est, aujourd'hui, nécessairement un Etat de Droit.

élaboration et application plus empirique, c'est-à-dire démocratique du Droit. Car, dans notre hypothèse, légitimité et efficacité du Droit ou de la norme sont très interactives ; elles agissent en synergie, en quelque sorte.

Plus le Droit reflète le rapport des forces et des légitimités à travers ses compromis normatifs, plus son efficacité opérationnelle est grande. Et, du coup, il en résulte ce que nous appellerions une légitimation réaliste, par rapport à la légitimation idéaliste; celle qui se ressource aux valeurs référentielles fondamentales, au-delà du Droit, dans leur contenu - même.

## I

### LA PESANTEUR DES RECURRENCES CULTURELLES,

#### toujours vivaces

Le droit comme nouvelle valeur fondatrice - annoncée fait encore resurgir les réflexes de l'ancien habitus idéologique. Cela donne lieu à des lectures «orthodoxes» et des stratégies «positivistes» d'autant plus piégeantes que le nouveau droit constitutionnel est très souvent ambitieux, c'est-à-dire très exigeant par rapport aux possibilités réelles du terrain: d'où les contre temps entre les attentes et les réalisations avec des retours pervers.

Il en va de même pour l'autre profil du legs dogmatique de l'ancienne culture, à savoir l'approche instrumentale voire manipulatrice du droit.

Il s'agit, ici, des réminiscences d'un passé complexe, fait d'apports "traditionnels" (paternalisme et "communautarisme"; a ou anti - juridisme, slaves surtout, selon J.C. COLLIGNON et A. KOVLER) et d'apports marxistes (culture idéologique, par opposition à la culture politique et juridique des démocraties). Le sens de l'orthodoxie idéologique et "l'esprit du parti" rentrent en contradiction avec le sens du compromis politique et "l'esprit des lois" démocratiques. Sans aller jusqu'à opposer "la ligne - traditionnelle du parti" à "la ligne jurisprudentielle" actuelle et un nouveau et éventuel "gouvernement des juges"?

#### **A. L'habitus idéologique: la lecture dogmatique du droit politique.**

Le droit politique est d'abord le droit étatique, ce qui nous ramène au problème de l'État, avant le problème du droit.

## L'Etat

L'image, en partie héritée, de l'Etat est celle de son identification au Parti (système dit "Parti-Etat"), ou de sa soumission au Parti (L'Etat comme "courroie de transmission" vers la Société... pour reprendre une terminologie léninienne) ; ce qui induit, aujourd'hui, une certaine "idée" (représentation collective, inégalement partagée) et une certaine "réalité" de l'Etat qu'il faut soumettre au modèle - idéal de l'Etat de Droit démocratique, pour en évaluer la crédibilité.

- Or, de façon inégale mais générale, "L'Etat est perçu dans tous les pays postcommunistes, non pas comme le vecteur d'une logique publique, mais, en premier lieu, comme une force de coercition, aujourd'hui relié d'intérêts étrangers et source d'un pouvoir rentier." (Y. RIZOPOULOS, in Revue d'Etudes Comparatives Est - Ouest, n°30, 1999, p.7).

La réhabilitation démocratique de l'Etat, institution arbitrale, neutre c'est-à-dire laïque, lato sensu et surtout a - partisane, n'est pas encore achevée. Le phénomène de corruption de la classe politique, de surcroît largement reconduite de l'ancien régime, n'aide pas à la construction de la nouvelle légitimité étatique.

- En fait, on constate très généralement un déficit de "l'autorité étatique", qui se manifeste à travers la tendance au réel démembrement des Etats. Des "fiefs" s'y installent au profit des partis (plus ou moins implicitement reconstitués), des "complexes militaro - industriels", des régions - c'est-à-dire : des "sujets" insoumis (5). Sans parler des maffias, parfois improprement qualifiées de "contre - pouvoirs" (au moins économiques), voire de "contre - Etats", dont on a voulu voir la structuration "à l'étatique"; c'est-à-dire "la départementalisation" faite comme selon les critères des politiques publiques... selon les différentes maffias spécialisées.

---

(5) D'où les efforts actuels du président POUTINE, en Russie, à mieux contrôler "la périphérie".

La transition exige un Etat suffisamment efficace, capable d'imposer parfois des réformes impopulaires. Or, l'autorité de l'Etat (6), en tant que garant de l'ordre public de droit commun, contre la criminalité et le droit fiscal, contre la fraude, laisse encore beaucoup à désirer.

“Les experts réputés les plus crédibles estiment que 40% d'activités économiques échappent totalement aux statistiques, donc au fisc”, nous révèle J.B. NAUDET, confirmé en cela par S. ALMAZOV et M. ALEXEÏEV, dans son article “Faute de rentrées fiscales, l'Etat est étranglé”, en Russie (Le Monde, 10-VIII-1995). Le Droit fiscal russe connaît, à l'heure actuelle, plus de 900 textes différents et parfois contradictoires (M. ALEXEÏEV). “Les violations du droit fiscal ont atteint un tel niveau qu'elles peuvent menacer l'existence de l'Etat lui-même” (S. ALMAZOV).

Par ailleurs, on constate souvent une véritable “obsession sécuritaire”, même en Tchéquie, comme le souligne Petr PITHART, président du Sénat, dans une interview au “Monde”, en 1998, confirmant par là, toute une série de sondages. Dans les cas les plus drastiques, ce déficit étatique est “compensé” par des milices privées : l'Etat n'a même pas le monopole réel de la force armée!

Ce constat nous révèle un contre - temps dans la construction de l'Etat qui, ici, pour les besoins de la cause démocratique et juridique ne peut pas être un Etat faible ou “mou”, mais tout au moins un Etat “modéré”. Peut-être plus fort, face aux besoins de la transition, que dans le cas des démocraties avancées, dans leur rythme de croisière ? La nouvelle devise du président POUTINE semble impliquer ce besoin d'un Etat “plus fort” au sens de plus efficace, lorsqu'il promet “la dictature de la loi”. Les connotations complexes et certainement ambiguës du mot “dictature” ne sont pas sans exclure la promesse d'un Etat plus fort comme logistique de l'ordre légal - nouveau.

Or, sur la base d'un malentendu originaire, la rupture systémique du postcommunisme était accompagnée d'un discours sur le démantèlement

---

(6) A ne pas percevoir avec les connotations de l'Etat autoritaire, mais au sens de la respectabilité et du respect effectifs de ses organes et décisions.



de l'Etat totalitaire sans précautions quant aux exigences de l'Etat démocratique à venir. Ce qui a permis aux différents groupes d'intérêts, anciens ou nouveaux, de s'accaparer des parcelles / fragments du pouvoir étatique souvent substantiels.

Ce phénomène est parfois aggravé par la mise sous influence, voire sous tutelle, au profit des instances internationales (7), de certains Etats.

Les politiques dites du "réajustement structurel" des instances financières, empiètent, dans leur objet nouveau et élargi, sur les politiques publiques et même sur les institutions juridiques des Etats destinataires. On estime désormais que la réussite des stratégies financières ne passe pas, seulement, par l'économie, en général, mais implique une certaine orientation politique et, par conséquent et à terme, un certain contrôle du juridique. La démocratie impliquant une certaine qualité (capitalisme de marché) et un certain niveau de développement ; elle se marie mal avec le chômage massif et la pauvreté comme phénomène social.

Mais, de ce fait, le génie propre de la démocratie qui s'exprime, à la fois, dans l'autonomie et la limitation du politique se voit transgressé. La vision totalisante, c'est-à-dire idéologique, se superpose à la pédagogie primordialement politique qui est, habituellement, celle de la démocratie.

Il est difficile alors, d'évoquer "le principe de l'autonomie constitutionnelle" que le Droit international consacre, encore, à la faveur des Etats à protéger, lorsqu'il s'agit du choix des modalités de leur système politique, économique, social et culturel.

## Le Droit

Parfois, dans nos pays transitionnels postcommunistes, l'on a tendance à lire le Droit positif comme on lisait autrefois le Capital ou la Bible ! D'où une certaine déficience fonctionnelle du jeune Etat de Droit postcommuniste qui a, pourtant, besoin de l'efficacité pour construire sa légitimité; les deux paradigmes étant interactifs, comme évoqué.

---

(7) Telles que, sur le plan économique, U.E., F.M.I., B.I.R.D., B.E.R.D. ; sur le plan juridique et économique, le Conseil de l'Europe, etc ...

C'est le "Droit positif" qui devient, à la limite, la nouvelle référence idéologique. Or, ceci est d'autant plus piégeant que le nouveau Droit politique (C. EMERI, après L. DUGUIT) est très ambitieux: dans son énoncé, du moins, il correspond davantage au stade "avancé" des démocraties constitutionnelles qu'au stade "transitionnel", postulé comme "prédémocratique" ou non encore "consolidé", en général.

Tout comme l'Etat lui-même, le Droit connaît encore ses déséquilibres en tant que système juridique en construction. Son développement est plus marqué en Droit public que pour ce qui concerne le Droit privé, dont le handicap date de l'ère socialiste. Le Droit constitutionnel est plus soigné que les autres branches du Droit public. Le discours normatif sur les principes c'est-à-dire les valeurs fondatrices est plus affirmé que les normes opérationnelles. D'une façon générale, le Droit formel - énoncé, est souvent décalé du droit réel - appliqué; ce qui nous fait retrouver le constat sur le "surdosage" du sens symbolique par rapport au sens normatif, opérationnel et régulateur.

- D'où la tendance à lire le libéralisme constitutionnel affiché comme la démocratie réalisée. Les "désenchantements" de la liberté sont ainsi vécus comme des espoirs démocratiques déçus.
- D'où, aussi, la tendance à la lecture univoque ("monopoliste") des constitutions par les acteurs en conflit. Par exemple, "le guerre des lois" et "les deux États russes", en 1993. "L'Etat présidentiel" des oukazes (ELTSINE) et "l'Etat parlementaire" des lois (ROUTSKOÏ et KHAZBOULATOV) se font la guerre au nom du même texte. L'un, par la légitimité électorale, du "premier président élu au suffrage universel depuis la création - millénaire - de l'Etat russe" ; les autres, par la légitimité strictement constitutionnelle, au nom de la séparation des pouvoirs et la défense du Parlement, alias pouvoir législatif.

Mais les deux types de références sont encore trop ambiguës pour être pertinentes, à la fois comme critère d'arbitrage entre les légitimités en conflit et même comme critères spécifiques, politique ou juridique, se suffisant à eux-mêmes ! L'élection présidentielle n'a pas été parfaitement compétitive du point de vue de l'exigence démocratique qui la ressource ;

malgré la multiplicité des candidatures, l'adversaire principal d'Eltsine n'a pu atteindre que 13% des voix.

La constitution stricto sensu, ressource des adversaires d'Eltsine, était un texte trop complexe et incohérent, pour ne pas être contradictoire, et pour fonder, en tant que tel et de façon indiscutable, "la contre-légitimité" juridique de ROUTSKOÏ et KHAZBOULATOV.

La même tendance pourra être illustrée dans le domaine de la Constitution fédérale, russe, où les "sujets" périphériques font une interprétation maximaliste de leur "autonomie". L'Etat fédéré du Monténégro se comporte, essentiellement comme un Etat indépendant, c'est-à-dire souverain, par rapport à la Fédération Yougoslave. Tout comme les "fiefs", plus ou moins claniques, ont tendance à s'ériger en de véritables "Etats dans l'Etat": le fameux "complexe militaro - industriel", "le parti présidentiel" ou "le parti du pouvoir", l'ex - K.G.B., en Russie, devenu F.S.B. (Ministère de la Sécurité), l'armée ou même les minorités "enkystées". Parfois l'Etat postcommuniste ne contrôle pas efficacement tout son territoire, ni tous ses ressortissants.

### **B. L'habitus pervers: Les comportements cyniques des acteurs face au Droit (8).**

A la place d'une certaine croyance "libre et sincère" (M. DUVERGER) au Droit, en tant que valeur, c'est la réminiscence d'une vision instrumentale voire manipulatrice qui resurgit. Sous le "socialisme réel", "l'idée du Droit" (G. BURDEAU) inculquée, relevait d'une vision instrumentale : c'était "le bras juridique de l'administration d'Etat", lequel Etat n'était qu'une "courroie de transmission" du Parti vers la Société civile. - L'Etat et le Droit relevaient d'un statut secondaire par rapport au parti et à l'idéologie. C'est pourquoi dans le postcommunisme il s'agit autant de construire un

---

(8) "Quand les circonstances changent, la tactique change" enseignait Lénine. Transposé au Droit, l'adage signifierait : La règle ou l'interprétation de la norme dépendent de l'opportunisme tactique ! Le cynisme n'est pas ici, une référence d'ordre moral, mais psychologique et intellectuel, qui intéresse, à ce titre, les comportements sociologiques.

“vrai” Etat que le “nouveau” Droit. L’Etat démocratique - type est “modéré” (MONTESQUIEU), mais pas “mou” (MYRDAL), faut-il le rappeler ? Mais il faut surtout éviter le laxisme qui consisterait à confondre faiblesse et libéralisme !

D’où un certain exhibitionnisme juridique, aux fins de propagande, devant la communauté internationale (le Conseil de l’Europe, par exemple) et, corrélativement, un certain mépris du Droit dans le champ interne de l’Etat (maffias, corruption, désobéissances civiles de toutes sortes...) avec souvent, cependant, une “couverture juridique” circonstanciée... à usage symbolique.

L’attitude des grands acteurs internationaux, étatiques et même institutionnels, contribue à ce glissement de sens vers l’idéologique, en favorisant parfois la légitimité contre la légalité “en vigueur”, sans toucher, pour autant, au Droit, pour l’adapter aux nouvelles exigences de légitimité. C’est le cas, par exemple, du fameux “droit”, voire “devoir” d’ingérence humanitaire. La guerre du KOSOVO, aussi, était menée par l’O.T.A.N. contre la Serbie (que le Droit international n’est pas sensé connaître, car seule la Yougoslavie a une personnalité juridique internationale) au nom d’un idéal de justice (“guerre juste” - humanitaire), mais sans égard au Droit international “positif”, ses principes généraux, la Charte de l’O.N.U. et le Traité de l’O.T.A.N. , lui-même.

Le Conseil de l’Europe était plus exigeant quant à l’abolition de la peine de mort en Russie, que pour la cessation de l’action militaire en Tchétchénie.

La République fédérée de Monténégro est traitée comme si elle disposait de “l’immédiateté internationale”, pour des raisons idéologiques (le réformisme affirmé) et politiques (l’opposition à Milosevic), mais contre toutes règles juridiques fédérales yougoslaves et même universelles.

Dans le monde désormais “monopolaire”, en terme de puissance et de légitimité affichée, la pression de l’environnement international est devenue, pour ainsi dire, défreinée. Les pays postcommunistes la subissent notamment quant aux rythmes de leurs constructions juridiques et politiques. Or, sur la lancée d’une dynamique d’accélération, les

décideurs internationaux, eux-mêmes (9), n'offrent pas toujours le meilleur exemple quant à l'exigence juridique. La rigueur du "rapport au droit" est parfois oubliée au profit de la surenchère idéologique ou du "réalisme" géopolitique. Le droit des Etats ou le droit des peuples sont ainsi interprétés de façons différentes selon qu'il s'agit de "bons" ou de "mauvais élèves" de la transition démocratique ; des pays puissants (comme la Russie) ou des petits pays (comme la Serbie). Les mouvements sécessionnistes, dans les Etats fédéraux ou militaires, sont interprétés selon des logiques géopolitiques ou "géoidéologiques" plutôt que selon "les standards juridiques".

La construction d'une mentalité, c'est-à-dire d'une culture qui prend le droit au sérieux, en est d'autant rendue plus délicate.

## II

### LA PRESSION DES POLITIQUES SYMBOLIQUES, toujours très pesantes.

Les nouveaux systèmes transitionnels subissent la loi voire « la tyrannie de l'urgence » ; à la fois du côté de l'environnement international et du côté de la société civile. Il y a une véritable pression par « la preuve du jour » des progrès démocratiques à travers les aspects les plus formels, c'est-à-dire juridiques. D'où un processus parfois «schizophrène» qui dissocie le mode de fonctionnement réel et le discours symbolique sur l'Etat de droit. Ainsi s'expliquent les "effets d'annonce" sur les droits fondamentaux proclamés et leurs garanties contentieuses, formellement assurées. Mais la mise en exergue se fait à travers les quelques «grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle» et l'exégèse prometteuse des textes sur les libertés publiques sans que, pour autant, on puisse en soutenir la typicalité, c'est-à-dire l'opérationnalité massive et systématique.

La transition démocratique a été mise au défi de l'épreuve du temps, c'est-à-dire du rythme. Les postulats néo-libéraux, très volontaristes - donc

---

(9) Pour la plupart des "démocraties avancées".

optimistes - ont impulsé le besoin des preuves rapides, pour ainsi dire continues, des réussites prodémocratiques de "l'Autre Europe" (J. RUPNIK). Cette exigence se situe au sein d'un phénomène général de la postmodernité: "le gouvernement d'opinion". Celui-ci fonctionne au rythme des "événements du jour" et induit, pour ce qui nous concerne, une sorte de probation permanente de la crédibilité juridique de la transition démocratique. "Démocratie continue" (D. ROUSSEAU) à l'Ouest et la "Transition continue" à l'Est, en quelque sorte.

Très tôt une complicité ambiguë des acteurs, pouvoirs locaux et étrangers/internationaux se met en place pour faire valoir aux sociétés civiles - internes, et à l'opinion publique - internationale, les promesses, tenues pour réalisations, des nouveaux Etats de Droit proclamés. Or, l'histoire témoigne autrement du modèle de la construction de l'Etat de Droit démocratique. Celle-là s'avère comme un long et complexe processus, alors qu'il faut désormais se soumettre aux exigences de l'urgence, c'est-à-dire "du jour" impliqué par le "gouvernement d'opinion". Cette tension entre les attentes ambitieuses et fébriles et les possibilités modestes du terrain culturel et politique induit un glissement vers le discours idéologique, transféré désormais sur l'Etat de Droit, dans le domaine juridique ; comme sur la gestuelle électorale, dans le domaine politique.

Le juridique, tout comme le politique, d'ailleurs, ont alors largement donné dans le symbolique, c'est-à-dire dans "l'effet d'annonce". Des constitutions, parfois hyperboliques (10), des "grands arrêts" du contentieux à impact ou des messes doctrinales peuvent en témoigner. L'Etat de droit a tendance à dévier, ainsi, vers une langue de bois, au détriment de la réalité arbitrale - opératoire.

### **A. La déviation symbolique de l'Etat de Droit, sous l'emprise du rythme d'urgence.**

Des lenteurs, c'est-à-dire des "retards" dans la réalisation induisent des stratégies rhétoriques d'énonciation voire de compensation: le discours comme substitut à l'attente insatisfaite. L'Etat de Droit est soumis, lui aussi, à "la tyrannie de l'urgence" (Z. LAÏDI, S. HALIMI, I. RAMONET).

---

(10) La constitution russe est consacrée pour un tiers aux Droits fondamentaux de l'homme et du citoyen, avec leur statut de "droits acquis".

D'où, parfois, une véritable "gadgétisation" de l'idée jusqu'à la caricature, révélatrice d'une certaine approche naïve ou cynique, venue parfois de la part des autorités très inattendues... V. HAVEL, par exemple, demande aux députés de fabriquer rapidement un Etat de Droit pour la Tchécoslovaquie, pendant les vacances d'été... quitte à se cotiser pour leur permettre de se libérer de toute obligation de travail ! (11)

D'où, aussi, les "novations constitutionnelles" dans les pays à transition plus besogneuse (ROUMANIE, BULGARIE), alors que "les meilleurs élèves" de la construction - empirique - de la démocratie se contentent pendant longtemps des "petites constitutions" - nouvelles, incrustées dans les anciennes - plus ou moins expurgées (POLOGNE, HONGRIE). La "cohabitation" des deux constitutions, accompagnée des réformes continues voire inflationnistes (12), s'avère préjudiciable à la cohérence du régime qui est élément de sa crédibilité voire de son efficacité.

D'où, enfin, les ambitions maximalistes et cumulatives des constitutions sur l'Etat de Droit, l'Etat social, et l'Etat providence.. au détriment de son adéquation au terrain. Toutes les enquêtes touchant aux divers aspects de l'Etat providence témoignent des motivations économiques de la Société civile et de l'espoir du nouvel "Estorado", grâce à l'adhésion à l'Union Européenne, substitut du "paradis socialiste".

Dans ces conditions, les acteurs ont eu tendance au "chacun pour soi" ; ils ont puisé dans le nouveau Droit des arguments pour faire valoir des légitimités autoproclamées, successives et contradictoires. Reproduisant par là les vieux réflexes monistes, monopolistes, monologuants... démultipliés désormais par la tendance au chaos libertaire plus ou moins implicitement légitimé. L'exemple de l'épisode dit des deux Etats russes n'en est que l'illustration la plus drastique. La référence des acteurs à "la

---

(11) "Je ne comprends absolument pas pourquoi notre Parlement ne peut siéger en permanence afin d'arriver à écrire des tas de lois envisagées et les approuver rapidement. On dit que c'est parce que les députés vont au travail. Ne pourrions-nous pas nous cotiser pour leur offrir un congé convenablement payé ?" Discours de Vieille ville, 25-02-1990, doc. ORBIS, 02/08/0990, p.12

(12) 200 à 350 amendements aux constitutions BREJNEV de 197 à 1978 (URSS et RUSSIE), pendant la période gorbatchovienne (M. LESAGE, A. KOVLER).

constitutionnalité” a été considérée comme plus significative que la qualité perverse de leurs références constitutionnalistes.

A la place d'une technologie démocratique dans la production des normes juridiques, on constate, souvent, des procédés unilatéraux d'autoproclamations, autointerprétations, voire autosanctions, quelque part reproductions de l'autocritique de jadis. Ainsi, donc, le procédé parfois univoque de création, mais

- surtout - d'interprétation et d'application des nouvelles normes aboutit à la consolidation perverse du nouvel ordre chaotique (13). Alors que, nous l'avons déjà constaté, la cohérence globale du système juridique est primordiale pour son efficacité comme pour sa légitimité. Or, par contre, la base légitimante du Droit démocratique est du type plutôt contractuel: consensuel ou compromissaire. La fonction normative du Droit démocratique est d'abord régulative; après et, éventuellement, idéologique. Le meilleur équilibre entre les deux fonctions n'est pas encore atteint, dans les pays en transition.

La tendance au glissement idéologique de la norme juridique est renforcée par les exigences fréquentes des instances internationales, quant au respect des “standards internationaux”, codifiés à partir des démocraties occidentales les plus avancées. Ainsi, un “processus d'alignement” des pays d'Europe centrale et orientale est défini à partir des années quatre-vingt dix, par le Conseil de l'Europe, “à un niveau d'exigence plus élevé que celui imposé jusqu'alors aux pays candidats”, comme le note Ph. CLARET (in “Démocraties constitutionnelles en Europe centrale et orientale : bilan et perspectives”, Bruylant, 1998, p.59). Or, devant les difficultés à satisfaire, la compensation symbolique s'impose comme stratégie politique voire systémique de substitution qui rejoint, ainsi, un vieil habitus.

---

(13) Les exemples des Etats nouveaux autoproclamés, au sein des Etats de Géorgie, Arménie, Azerbaïdjan, Moldavie, Serbie, Russie... sont très connus. Mais il y a, aussi, la création des instances nouvelles par acte unilatéral des autorités constitués : Boris Eltsine invente un “Conseil de la Fédération” pour contourner le “Parlement rebelle” (tout comme il suspend la Cour Constitutionnelle parce qu'elle s'était opposé sur le fond, à son décret de dissolution de la Douma, en 1993). Mais, en même temps, les représentants de 64 régions créent, comme une parade, un “Conseil des sujets de la Fédération”, destiné à éviter ELTSINE.



**B. Le piège d'une dynamique déstabilisante: la banalisation de la "logique de compensation" entre le discours et les faits.**

Dans le système démocratique, l'Etat de Droit est sous-tendu par une "logique de rééquilibrage" (14), lorsque la promesse normative et sa réalisation effective se courent après... dans la cadre général du système politique, en réajustement permanent. La légitimité s'y apprécie par le moindre décalage entre la promesse et la réalisation.

Dans le système idéocratique - ancien - le discours devait davantage masquer qu'exprimer la réalité défaillante des faits ; en se superposant à elle, en quelque sorte. En s'imposant lui-même comme un fait majeur. "Dire, c'est faire" n'a jamais été aussi vrai que sous la belle époque du règne idéologique. Avant que l'idéologie ne connaisse une certaine usure, voire un dépérissement, en ne laissant au pouvoir socialiste que les moyens d'un régime autoritaire - "simple".

Tout cela s'avère être le cas pour la plupart des pays visés et les principaux de leurs discours dominants ou ambiants sur l'Etat de Droit lui-même et ses principaux thèmes: le respect des standards internationaux, les Droits fondamentaux, le contrôle de constitutionnalité ou la séparation des pouvoirs.

La conjonction ambiguë des attentes des sociétés postcommunistes (Liberté et Bien-être) et des besoins des protagonistes de leur environnement international (la preuve, au jour le jour, de la crédibilité démocratique universelle, mais surtout postcommuniste) risquent d'induire une tentation du gouvernement plus idéologique que politique. Sur la base d'un terreau culturel encore apte à faire éclore les pulsions du confort idéologique au lieu et place des difficiles compromis politiques. L'Etat de Droit ne peut être, à la fois, l'expression et la logistique efficaces de la démocratie que s'ils représentent une ambition politique raisonnable, globalement synchronisée avec les possibilités d'évolution du terrain culturel. La culture change, elle aussi, mais pas par décret.

---

(14) Dynamique de rééquilibrage.

**VORRANG DES RECHTS UND DER RECHTSSTAAT**  
**(SUPERIORITY OF LAW AND GOVERNMENT BEING IN**  
**ACCORDANCE WITH THE LAW)**

**Prof. Dr. Michael SACHS**

(Heinrich Heine Üniversitesi-Düsseldorf)

**I. Die Rechtsstaatlichkeit im Grundgesetz**

Der Rechtsstaat gehört zu den zentralen Verfassungsstrukturprinzipien des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland von 1949. Als Postulat der Aufklärung wurde Rechtsstaatlichkeit in Deutschland seit dem Ende des 18. Jahrhunderts allmählich verwirklicht.

Dabei ging es zunächst um den *formellen* Rechtsstaat: Während zuvor der absolute Fürst ("legisbus solutus" - ohne Bindung an Gesetze) geherrscht hatte, sollte Staatsgewalt im formellen Rechtsstaat des ausgehenden 19. Jahrhunderts nach rechtlichen Regeln und unter gerichtlicher Kontrolle ausgeübt werden.

Nach den Erfahrungen des NS-Staates trat die Vorstellung *eines materiellen Rechtsstaates* hinzu: Dieser begnügt sich nicht damit, daß die Staatsgewalt an gesetzlich festgelegte Regeln gebunden ist, ist vielmehr der Idee der Grundrechte und der Wahrung individueller Rechte, der Menschenwürde sowie Freiheit und Gleichheit, verpflichtet.

Eine abschließende *Definition* von Rechtsstaat gibt es *nicht*. Gemeint ist ein Staat, der durch eine Vielzahl historisch gewachsener Einzelgarantien gekennzeichnet ist, die mit dem Wort "Rechtsstaat" verknüpft sind. Kemelemente des Rechtsstaatsprinzips sind: die Gewaltenteilung, die Verfassungsäßigkeit der Gesetzgebung, einschließlich der Bindung an Grundrechte, sowie die Bindung der vollziehenden Gewalt und der

Rechtsprechung an Gesetz und Recht, ferner die Rechtssicherheit, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der Grundsatz des Ausgleichs staatlichen Unrechts sowie Anforderungen an Organisation und Verfahren der Staatsgewalt. Die Einzelgrundsätze des Rechtsstaats sind miteinander in vielfältiger Weise verbunden, können daher we isoliert in ihrem Bedeutungsgehalt kaum agemessen erfaßt werden.

## II. Die Rechtmäßigkeit des Staatshandelns im Grundgesetz

Im Zentrum des Konzepts der Rechtsstaatlichkeit steht die Rechtmäßigkeit des Staatshandelns, seine Unterordnung unter das Recht, die der anglo-amerikanischen Vorstellung vom "rule of law" nahekommen dürfte. Mein Vortrag soll darlegen, wie dieses zentrale Element der Rechtsstaatlichkeit in der deutschen Verfassungsordnung heute verstanden wird. Andere Teilelemente des Rechtsstaatsprinzips werde ich, soweit zum Verständnis erforderlich, in die Überlegungen einbeziehen; eine eigenständige Würdinung scheidet in diesem Rahmen aus.

### 1. Die Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG

Die für unser Thema *maßgebliche Bestimmung des Grundgesetzes* ist Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz; dieser lautet: "Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden." Diese Formulierungen kommen dem nahe, was Art. 8 und 11 der Türkischen Verfassung für die Exekutivgewalt einerseits, für die gesamte Staatsgewalt einschließlich der Legislative andererseits vorsehen. Darüber hinaus sprechen sie die in Art. 9 der Türkischen Verfassung nicht ausdrücklich erwähnte Unterwerfung der unabhängigen Richter unter Gesetz und Recht an, die wohl schon aus dem Begriff der Rechtsprechung folgt; hierauf werde ich nicht näher eingehen, zumal die Judikative ja im weiteren Verlauf des Nachmittags im Mittelpunkt steht.

Verglichen mit dem Text der Türkischen Verfassung enthält die *Formulierung des Grundgesetzes* einige Schwächen, die das Verständnis erschweren:

So wird in Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz die *vollziehende Gewalt* zwar an "Gesetz und Recht" gebunden; eine *Bindung an die Verfassung* ist (anders als in Art. 8 Türkische Verfassung) nicht erwähnt. Dennoch besteht im Ergebnis kein Zweifel, daß auch und vor allem die Verfassung für die Exekutivfunktion wie für die gesamte Staatsgewalt verbindlich ist; bezogen auf die Grundrechte wird das in Art. 1 Abs. 3 des Grundgesetzes auch ausdrücklich betont.

Auf der anderen Seite wird die *Gesetzgebung*, also die Legislativfunktion, nach dem Text des Art. 20 Abs. 3 nur an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden; demgegenüber ist auch hier im Ergebnis klar, daß der den Organen der Exekutive übertragene Erlaß von Rechtsnormen, die im Rang unterhalb des formellen, regelmäßig vom Parlament beschlossenen Gesetzes stehen (wie Rechtsverordnungen oder Satzungen), -obwohl Wahrnehmung gesetzgebender Gewalt - nicht nur an das Grundgesetz, sondern *auch an die formellen Gesetze gebunden* ist, weil sie im Rahmen der Normenhierarchie der deutschen Rechtsordnung ihnen gegenüber den höheren Rang besitzen.

Die *Gesetzgebung durch die Parlamente* ist demgegenüber natürlich frei, die ja selbstgeschaffenen Gesetze wieder zu ändern; doch wird auch sie neben der verfassungsbindung einer *Bindung an das Recht* unterworfen, wobei "Recht" hier überpositives Recht bedeutet. Solches überpositive Recht wird vom Bundesverfassungsgericht in Reaktion auf die NS-Zeit anerkannt, in der die Formen des Gesetzes mißbraucht wurden, um krassestes Unrecht zu tun; es nimmt daher an, daß auch Parlamentsgesetze nicht in unerträglichen Widerspruch zu elementaren Geboten der Gerechtigkeit treten dürfen. Praktisch ist dieser Maßstab bislang nur Gesetzgebung außerhalb des räumlichen oder zeitlichen Geltungsbereichs des Grundgesetzes geworden: Dies betraf vor allem die (Un-) Rechtsnormen des NS-Staates zur Ausbürgerung von Juden, die deshalb als von Anfang an, also unabhängig vom und zeitlich vor dem Grundgesetz, unwirksam eingestuft wurden (BVerfGE 54, 53 [68 f.]); außerdem wurde vor wenigen Jahren jede Rechtfertigung der Todesschüsse an der innerdeutschen Grenze ausgeschlossen, von der die

Staatspraxis der DDR bis zur deutschen Einheit ausgeschlossen, von der die Staatspraxis der DDR bis zur deutschen Einheit ausgegangen war (BVerfGE 95, 96 [133 ff.]). Für die in der Bundesrepublik erlassenen Gesetze ist die Rechtsbindung allerdings eine bloß theoretische Denkmöglichkeit ohne praktische Bedeutung, weil das Grundgesetz selbst die fundamentalen Gerechtigkeitsanforderungen beinhaltet, so daß sie durch die Bindung an die Verfassung abgedeckt sind. Im Falle eines Widerspruchs würde sich das überpositive Recht allerdings sogar gegenüber der Verfassung durchsetzen.

Sieht man von diesen Sonderfragen ab, geht es um die Frage, welche Bedeutung die in Deutschland gültigen Rechtsnormen für das Staatshandeln von Grundgesetzes wegen haben. Die Antwort ergibt sich aus dem Zusammenspiel der beiden Halbsätzen des schon zitierten Art. 20 Abs. 3 GG. der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung einerseits, der Bindung des sonstigen Verwaltungshandelns an Gesetz und Recht andererseits.

## 2. Die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzgebung

Nach Art. 20 Abs. 3 HS 1 GG ist die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden, Diese Bindung bedeutet zunächst die *Verpflichtung*, die verfassungsmäßige Ordnung, ihre Gebote und Verbote zu *beachten*.

Die Gesetzgebung ist damit nicht darauf beschränkt, verfassungsrechtliche Vorgaben auszuführen; soweit keine verpflichtenden Festlegungen der verfassungsmäßigen Ordnung bestehen, kann die Gesetzgebung vielmehr *frei gestalten*. Dazu sind die zuständigen Organe demokratisch legitimiert, vor allem das volksgewählte Parlament oder bei plebiszitärer Gesetzgebung das Volk selbst; diese sachliche Legitimation kann bei der Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an Organe der Exekutive nur in den verfassungsmäßigen Grenzen weitergegeben werden, die sich aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung sowie den Anforderungen des

Demokratieprinzips un speziellen Bestimmungen des Grundgesetzes ergeben. Insoweit ist vor allem zu arwähnen, daß Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gesetzliche Ermächtigungen an Regierungen und Minister nur zuläßt, wenn sie nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte Vorgaben machen.

Wird die verfassungsmäßige Ordnung pflichtgemäß beachtet, werden Widersprüche zwischen Akten der Gesetzgebung und der verfassungsmäßigen Ordnung vermieden. Allerdings ist es eine allgemeine Erfahrung im Recht, daß Verpflichtungen nicht immer vollkommen beachtet werden, daß es zu Pflichtverletzungen kommt. Im Hinblick darauf wird dem Art. 20 Abs. 3 GG als *Sanktion* zusätzlich die *Kollisionsregel vom Vorrang der Verfassung* entnommen: Danach sind Rechtsnormen, die gegen die verfassungsmäßige Ordnung verstoßen, jedenfalls grundsätzlich nichtig, und zwar ipso iure und ex tunc. Ausnahmsweise, etwa bei Verstößen gegen den Gleichheitssatz oder wenn die Nichtigkeit den Verfassungsverstoß noch vertiefen würde, wird bloße Verfassungswidrigkeit angeommen. Auch diese hat die Unanwendbarkeit der Norm zur Folge; laufende Verfahren müssen ausgesetzt werden, bis eine gesetzliche Neuregelung erfolgt, die den Erfordernissen der verfassungsmäßigen Ordnung gerecht wird.

Wird eine vedfazzurgzdecnümicne Hfmicnü vernachlässigt, Gesetze zu erlassen, kommt eine derartige Sanktion nicht in Betracht. Der *Verfassungsverstoß durch Unterlassen* kann grundsätzlich *lediglich festgestellt* werden, gegebenenfalls durch das Bundesverfassungsgericht. Es bleibt dann grundsätzlich den zuständigen Gesetzgebungsorganen überlassen, ihrer verfassungsmäßigen Pflicht nachzukommen. In Ausnahmefällen dauerhafter Untätigkeit der Gesetzgebungsorgane hat es das Bundesverfassungsgericht allerdings für zulässig gehalten, daß die Gerichte im rahmen ihrer rechtsprechenden Tätigkeit lückenfüllend einspringen.

Die Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung trifft - wie schon erwähnt - die *Gesetzgebung als Staatsfunktion, also jede Form der Normsetzung durch die öffentliche Gewalt, also der Erlaß formeller Parlamentsgesetze*

ebenso wie der von Rechtsverordnungen und Satzungen als nur materiellen Gesetze.

*Adressaten der Bindung* sind dementsprechend alle an der Rechtsetzung beteiligten Staatsorgane. Dies sind dem Grundsatz der Gewaltenteilung entsprechend in erster Linie die Parlamente, denen die gesetzgebende Gewalt von Verfassungs wegen zusteht, sowie gegebenenfalls das Volk, soweit Volksgesetzgebung verfassungsmäßig vorgesehen ist; Exekutivorgane, namentlich Regierungen, Minister, aber auch verselbständigte Körperschaften des öffentlichen Rechts, wie Gemeinden, Universitäten oder auch Rechtsanwaltskammern, sind angesprochen, soweit ihnen durch formelles Gesetz zulässigerweise Rechtsetzungsmacht übertragen worden ist. Auf die dafür bestehenden Bedingungen insbesondere der Bestimmtheit habe ich schon hingewiesen; ähnliche Grundsätze, wie sie hierfür der Art. 80 GG enthält, werden aus allgemeinen Erwägungen der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit auch für Satzungen und sonstige Formen der Rechtsetzung als maßgeblich angesehen.

*Bezugspunkt der Bindung* an die verfassungsmäßige Ordnung ist unmittelbar die Verfassung, also auf Bundesebene das Grundgesetz mit all seinen Regelungen, auf Landesebene entsprechend die Landesverfassungen. Besonders wichtig ist dabei die Bindung an die Grundrechte. Sie zielt zunächst auf die Achtung der durch die Grundrechte abgegrenzten Individualsphäre, wirkt somit primär abwehrend gegenüber Übergriffen der Gesetzgebung; die Grundrechtsbindung wird inzwischen aber auch als Grundlage staatlicher Schutzpflichten gegenüber anderweitigen Gefährdungen der Grundrechtsgüter, insbesondere durch Dritte, verstanden.

Mittelbar bewirkt die Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung auch eine Bindung an alle anderen Rechtsnormen, die im Rahmen der grundgesetzlichen Normenhierarchie gegenüber dem jeweils gebundenen Akt materieller Gesetzgebung vorrangig sind. Hierher gehört damit auch *Bindung* exekutivischer Rechtsetzung durch Verordnungen oder Satzungen *an das vorrangige Parlamentsgesetz*; diese wird von der Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 HS 2 GG bei

funktionenbezogenem Verständnis nicht erfaßt wird, weil sie selbst Gesetzgebung darstellt.

Die Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung wirkt über den Bereich der Normsetzung hinaus auch *auf die Rechtsanwendung*, weil im Rechts- und Verfassungsstaat grundsätzlich nur gültige Rechtsnormen Anwendung finden können. Daher hat grundsätzlich nur gültige Rechtsnormen Anwendung finden können. Daher hat grundsätzlich jede rechtsanwendende Stelle zu prüfen, ob die auf die Rechtssache anzuwendende Rechtsnorm nicht wegen Verstoßes gegen die Verfassung oder gegen eine andere Norm höheren Ranges nichtig oder doch unanwendbar ist.

Die *Gerichte* lassen ungültige Rechtsnormen bei ihrer Entscheidung unbeachtet, außer bei formellen Gesetzen, die nach der Verfassung erlassen sind. Hier verpflichtet sie das Grundgesetz in Art. 100 Abs. 2 GG, die Frage der Verfassungswidrigkeit im Verfahren der sog. konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, das in diesen Fällen allein befugt ist, das Gesetz für verfassungswidrig zu erklären (sog. Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts).

Nicht abschließend geklärt ist für das deutsche Verfassungsrecht, wie sich *Verwaltungsbehörden* zu verhalten haben, wenn Rechtsnormen gegen höherrangige Normen verstoßen. Insbesondere gelten diese Zweifel bei den Parlamentsgesetzen, für die im Verhältnis zu den anderen Gerichten das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts eingreift, während für Verwaltungsbehörden eine solche Regelung fehlt. Richtigerweise wird man diese Fälle in erster Linie dadurch lösen, daß über die jeweils verantwortlichen Regierungen eine Klärung durch das Verfassungsgericht herbeigeführt wird; dafür steht in der Regel die Möglichkeit des sog. abstrakten Normenkontrollverfahrens (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG) zur Verfügung. Soweit dies nicht möglich ist, darf und muß die Verwaltungsbehörde nach meiner Auffassung das verfassungswidrige Gesetz außer Anwendung lassen; da stets eine gerichtliche Kontrolle möglich ist, scheint das Risiko tragbar.



Wenn im Folgenden die Bindung an das Gesetz untersucht wird, sind danach immer nur gültige Rechtsnormen gemeint, also solche, die nicht gegen die Verfassung verstoßen oder sonstigem höherrangigen Recht widersprechen. Damit prägt der Grundsatz der Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung die Bindung der Exekutive an die Gesetze im Sinne der übergeordneten Stellung der Verfassung maßgeblich vor.

### 3. Die Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht a) Die Bindung an das "Recht"

Im Rahmen der doppelten Bindung der vollziehenden Gewalt an "Gesetz und Recht" nach Art. 20 Abs. 3 GG weist die *Rechtsbindung* - wie bereits erwähnt - auf die Gefahr des Unrechts-Gesetzes bei Verstoß gegen überpositives Recht, die im materiellen Rechtsstaat des Grundgesetzes neben der Bindung an die Verfassung allerdings keine praktische Bedeutung hat. Könnte es ein *Unrechts-Gesetz* geben, das nicht schon gegen die Verfassung verstößt, wäre es wegen der Verletzung der überpositiven Gerechtigkeitsgrundsätze ungültig und hätte deshalb - wie im Falle der Verfassungswidrigkeit - keine bindende Kraft.

Die Bindung an das "Recht" bleibt daneben in mehrfacher Hinsicht von *Bedeutung*: Sie verdeutlicht vor allem, daß jede Auslegung und Anwendung von Gesetzen auf das Ziel der Gerechtigkeit auszurichten ist, und legitimiert dazu, Regelungslücken der Gesetze anhand allgemeiner Rechtsprinzipien zu schließen. Sie verweist auf die Existenz von Gewohnheitsrecht, das zumindest bei Entstehung vor dem Grundgesetz fortgelten kann und im Sonderfall der allgemeinen Regeln des Völkerrechts kraft besonderer Verfassungsbestimmung des Art. 25 GG unmittelbare Geltung beansprucht; so weit es ausnahmsweise gültiges Gewohnheitsrecht gibt, gelten dieselben Regeln, wie für die Bindung an das Gesetz.

Allerdings legitimiert die Bindung an das Recht nicht zur Abweichung von gültigen Gesetzen unter Berufung auf Gerechtigkeitsideale. Im Rahmen der Gewaltenteilung ist dies dem Gesetz vorbehalten, diese in konkrete

Regelungen umzusetzen; soweit dabei die Grenzen der Verfassung oder gar des überpositiven Rechts nicht verletzt werden, hat der Rechtsanwender dies hinzunehmen und kann nicht seine subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen über das Gesetz stellen. Dies gilt gleichermaßen für Gerichte wie auch für Verwaltungsbehörden und sonstige Stellen der Exekutive.

## **b) Die Bindung an das Gesetz**

Für die vollziehende Gewalt bringt Art. 20 Abs. 3 GG den traditionellen rechtsstaatlichen Grundsatz der Gesetzäßigkeit der Verwaltung zum Ausdruck, der zugleich seit Ende des 19. Jahrhunderts die Grundlage des deutschen Verwaltungsrechts bildet. In der klassischen Formulierung *Otto Mayers* umfaßt die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung drei Elemente, nämlich die Verpflichtung, das Gesetz zu beachten, den Vorrang des Gesetzes und den Vorbehalt des Gesetzes.

### **aa) Die Verpflichtung, das Gesetz zu beachten**

Die Bindung an das Gesetz verpflichtet die Staatsorgane, bei der Ausübung vollziehender Gewalt die Anordnungen des Gesetzes, seine Gebote und Verbote, zu befolgen. Dies ist für Verwaltungsbehörden wie für andere Normadressaten die geradezu selbstverständliche Wirkungsweise von Rechtsnormen, die als Sollenssätze wesensmäßig darauf angelegt sind, Verpflichtungen zu erzeugen, die auch befolgt werden. Wohl daher wird dieses erste Element der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in der deutschen Diskussion häufig gar nicht ausdrücklich angesprochen; der Sache nach ist es aber völlig unbestritten.

### **bb) Der Vorrang des Gesetzes**

Der Vorrang des Gesetzes ist - wie der Vorrang der Verfassung - eine Kollisionsnorm: Das Gesetz bircht jeden Akt vollziehender Gewalt, der gegen die Gesetzesbindung verstößt. Akte vollziehender Gewalt, die gegen irgendeine gültige Rechtsnorm verstoßen, sind grundsätzlich ungültig. Was bei verfassungswidrigen Gesetzen vergleichsweise vollständig

verwirklicht ist, erhert allerdings fur das Verwaltungshandeln wie ubrigens auch fur Fehlentscheidungen der Gerichte praktisch wesentliche Modifikationen.

Nach deutschem Verwaltungsrecht ist die *Nichtigkeit von Verwaltungsakten* ein nur ausnahmsweise gegebener *Sonderfall*; er tritt vor allem dann ein, wenn ein Verwaltungsakt durch einen schweren und offenkundigen Gesetzesversto gekennzeichnet ist. Regelmaig sind Akte vollziehender Gewalt hingegen trotz Rechtswidrigkeit wirksam, ja sie konnen sogar trotz ihrer Gesetzwidrigkeit dauerhaft bestandskraftig werden und dann auch in weiteren Zusammenhangen Verbindlichkeit beanspruchen. Diese verwaltungsrechtliche Ausgestaltung der Folgen der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten mu allerdings gegenuber dem verfassungsrechtlichen Vorrang des Gesetzes gerechtfertigt werden, was nur in Grenzen moglich ist.

Die Legitimation fur die ursprungliche *Wirksamkeit Verwaltungsakte* ist aus dem verfassungsrechtlichen Ziel abzuleiten, da die Staatsorgane die ihnen ubtragenen Aufgaben effektiv wahrnehmen konnen. Dies macht es erforderlich, da - auer in Fallen offensichtlicher Rechtswidrigkeit - ihre Anordnungen jedenfalls zunachst einmal wirksam sind und beachtet werden mussen. Dies ist als Grundsatz deswegen akzeptabel, weil in einem funktionierenden Rechtsstaat davon auszugehen ist, da die Verwaltung sich im Regelfall an das Gesetz halt und die Verwaltungsakte deswegen meistens rechtmaig sein werden.

Zu den Voraussetzungen dieser Annahme gehort, da das Handeln aller offentlichen Stellen der Exekutive stets von Amts wegen auf seine Rechtmaigkeit kontrolliert wird; in diesem Sinne ist eine funktionierende Rechtsaufsicht eine unabdingbare organisatorische Folgerung aus dem Grundsatz der Gesetzmaigkeit der Verwaltung. Auerdem mu sichergestellt sein, da sich die einzelnen Beamten gesetzestreu verhalten; dazu gehoren entsprechende Verpflichtungen durch die Beamtengesetze mit ausreichenden Sanktionen und eine funktionierende Dienstaufsicht. Damit diese Mechanismen nicht von der Spitze her mibraucht werden, ist die parlamentarische Kontrolle der Regierung

unerläßlich, wie insgesamt eine freie Presse, die in der Lage ist, Mißstände jederzeit aufzudecken.

Es kann freilich nicht übersehen werden, daß es, auch wenn alle genannten Bedingungen erfüllt sind, immer wieder rechtswidrige Verwaltungsakte geben wird, bei denen es bei der ursprünglichen Wirksamkeit nicht bleiben kann. Im Hinblick auf diese Fälle ist es notwendig, daß den Verwaltungsakten im Falle ihrer Rechtswidrigkeit ihre Gültigkeit genommen werden kann. Dafür müssen dem in seinen Rechten betroffenen Bürger adäquate Rechtsmittel zur Verfügung stehen, die ihm eine umfassende Kontrolle der Rechtmäßigkeit aller Verwaltungsakte garantieren. Nach geltendem deutschen Verwaltungsrecht stehen dem Bürger solche Rechtsbehelfe zunächst innerhalb der Verwaltung, dann bei den Gerichten zur Verfügung; diese Rechtsbehelfe sind mit dem sog. Suspensiveffekt ausgestattet, das heißt; Sobald der Rechtsbehelf eingelegt ist, wird die Wirksamkeit des Verwaltungsaktes suspendiert, bis zur Entscheidung über den Rechtsbehelf hinausgeschoben. Der Bürger kann also grundsätzlich allein dadurch, daß er Widerspruch einlegt, die dem Verwaltungsakt zukommende Wirksamkeit bis zur Klärung der Rechtslage hinausschieben. Dies bedeutet für den Fall des rechtswidrigen Verwaltungsaktes, daß dieser gegenüber dem Betroffenen seine Wirkungen nicht mehr entfalten kann.

Die Legitimation für die dauerhafte Gültigkeit rechtswidriger Verwaltungsakte wird daraus abgeleitet, daß dem Vorrang des Gesetzes der Grundsatz der Rechtssicherheit als weiterer, prinzipiell gleichwertiger Teilgehalt des Rechtsstaatsprinzips gegenübergestellt wird. Dieser Grundsatz zielt darauf, daß das Verhalten der Staatsorgane wie der Bürger eine verlässliche Grundlage braucht. Aus der Sicht des Bürgers spricht man namentlich von Vertrauensschutz, wenn es um den Fortbestand von für ihn günstigen Regelungen geht; bei für den Bürger belastenden Regelungen ist es das Interesse der Allgemeinheit an der Handlungsfähigkeit der Staatsorgane, die sich angesichts neuer Aufgaben nicht immer wieder mit längst erledigten Fällen befassen können und eine

zuverlässige Bassi für ihre weiteren Dispositionen brauchen. Hinzu kommen entsprechende Interessen Dritter, die heute zunehmend von Regelungen der Verwaltungsbehörden mitbetroffen sind.

Dem Betroffenen ist der Verzicht auf die Durchsetzung des Vorrangs des Gesetzes nur zuzumuten, wenn er hinreichend Gelegenheit hatte, den Gesetzesverstoß vorher feststellen und den rechtswidrigen Verwaltungsakt aus der Welt schaffen zu lassen. Diese Möglichkeit ist mit den schon erwähnten Rechtsbehelfen, die innerhalb eines Monats eingelegt werden müssen, und flakierenden Regelungen für Probleme im einzelnen in hinreichenden Maße gegeben. Außerdem sind die Behörden berechtigt und mangels entgegenstehender beachtlicher Belange verpflichtet, von sich aus oder auf Antrag des Betroffenen einen rechtswidrigen Verwaltungsakt auch dann nach aufzuheben, wenn er längst bestandskräftig geworden ist.

Auf diese Weise sind im Ergebnis die Anforderungen des Vorrangs des Gesetzes im deutschen Verwaltungsrecht gegenwärtig gewahrt, ohne daß Effektivität des Staatshandelns oder Belange der Rechtssicherheit zu sehr zurückgezett werden.

### cc) Der Vorbehalt des Gesetzes

Im Gegensatz zur Verfassungsmäßigkeit der Gesetzgebung kennt die Gesetzäßigkeit der Verwaltung nach deutschem Verfassungsrecht ein aus der Tradition begründetes drittes Element von größter Bedeutung, den sogenannten *Vorbehalt des Gesetzes*. Der Vorbehalt des Gesetzes besagt für seinen Anwendungsbereich, dass staatliche Anordnungen nur im Wege der Gesetzgebung oder auf der Grundlage von Gesetzen erfolgen können. Für die Wahrnehmung vollziehender Gewalt wirkt der Vorbehalt des Gesetzes damit als Verbotsnorm, die ein Handeln ohne gesetzliche Grundlage verbietet.

Der Vorbehalt des Gesetzes gilt nach deutschem Verständnis nicht für jedes Handeln der vollziehenden Gewalt schlechthin. unstrittig gilt er allerdings für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Einzelnen. mit dieser klassischen Formel ist jede Anordnung eines rechtlich erheblichen

Nachteils für den einzelnen gemeint. Daher braucht jeder belastende Akt vollziehender Gewalt eine gesetzliche Ermächtigung.

Im übrigen ist die Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes bi heute ungeklärt. Es besteht weitgehend Übereinstimmung darüber, daß er über den traditionell anerkannten Bereich der Eingriffsverwaltung hinaus auszudehnen ist. Welche Bereiche davon erfaßt sein sollen, ist indes ungewiß.

Das Bundesverfassungsgericht hat eine zunächst umfassend angelegte sog. Wesentlichkeitstheorie formuliert. Danach sollte in allen wesentlichen Fragen ein Gesetz nötig sein; auf dieser Grundlage wurde z.B. angenommen, daß Sexualekundeunterricht in Schulen nur auf gesetzlicher Grundlage erteilt werden konnte (vgl. BVerfGE 47, 46). Doch wurde bald erkannt, daß im Rahmen der Gewaltenteilung auch andere Verfassungsorgane, namentlich die Regierung, berufen sein können, selbständig wichtig Punkte zu entscheiden, so die Zustimmung zur Aufstellung von Mittelraketen im Rahmen des NATO-Vertrages (BVerfGE 68, 1). Inzwischen wird die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage des Verwaltungshandelns am ehesten für Fälle besonderer Grundrechtsrelevanz anerkannt, die freilich zumeist schon vom klassischen Anwendungsbereich des Vorbehalts abgedeckt sind.

In der Staatspraxis erfolgen bis heute z.B. subventionen auch in erheblicher Höhe vielfach ohne diesbezügliche gesetzliche Regelung; die Verwaltungsgerichte begnügen sich mit entsprechenden Ansätzen im Haushaltsplan, dem das Parlament mit (nicht außenwirksamem) Haushaltsgesetz zustimmt, und nach Maßgabe des Gleichheitssatzes angewandten internen Vergaberichtlinien der Verwaltung.

Die Gesetzgebung kann allerdings selbst weitergehende Vorbehaltsbereiche schaffen, indem sie für bestimmte Frangen ein Tätigwerden ohne gesetzliche Grundlage gesetzlich verbietet; dies ist z.B. für alle Sozialleistungen nach § 31 SGB AT geschehen. Doch liegt dies bereits außerhalb der Wirkungen des Verfassungsgrundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes.

Der Vorbehalt des Gesetzes schließt es für den klassischen Bereich der Eingriffsverwaltung nicht aus, daß den dazu ermächtigten Behörden

Ermessensspielräume oder auch Beurteilungsermächtigungen eingeräumt werden, in denen die zu treffenden Entscheidungen nicht abschließend vom Gesetz determiniert werden.

#### **dd) Das bindende "Gesetz"**

Für alle drei Wirkungen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (für die Verpflichtungswirkung, den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes) ist nach dem hier vorgetragenen Modell das Gesetz jede Rechtsnorm, also nicht nur das Parliamentsgesetz, vielmehr genügen auch Rechtsverordnungen und Satzungen, die von Stellen der Exekutive erlassen sind.

Für die verpflichtungswirkung des Gesetzes unterliegt dies keinem Zweifel: Die rechtsanwendenden Behörden und die Gerichte sind - wie die Normadressate - an jede gültige Rechtsnorm gleich welchen Ranges gebunden.

Nichts anderes gilt für die Vorrangwirkung des Gesetzes: Jeder rechtsverstoß, gleich gegen welche Rechtsnorm, macht den Verwaltungsakt fehlerhaft und ist kann deswegen grundsätzlich keine Geltung beanspruchen; für die Konsequenzen im einzelnen gelten allerdings die geschilderten Modifikationen.

Problematisch wird es beim Vorbehalt des Gesetzes. Hier wird teilweise gefordert, die gesetzliche Grundlage für das Verwaltungshandeln müsse ein formelles Gesetz sein. Auch das bundesverfassungsgericht hat in seiner Judikatur zum Wesentlichkeitsvorbehalt von der Notwendigkeit parlamentarischer Gesetzgebung gesprochen und damit Mißverständnisse rund um einen sog. Parliamentsvorbehalt ausgelöst. Nach meiner Auffassung genügt dem Vorbehalt des Gesetzes als solchem stets jede gültige Rechtsnorm gleich welchen Ranges, aber eben auch nur eine gültige rechtsnorm. Untergesetzliche Rechtsnormen sind - wie erwähnt - nur aufgrund ausreichender formell-gesetzlicher Ermächtigung zulässig; dabei können die Anforderungen an die bestimmtheit der Ermächtigung je nach Gegenstand der Regelung unterschiedlich und gerade bei Wesentlichkeit für die Grundrechte besonders ausgeprägt sein. Im Grenzfall kann dies jede untergesetzliche Regelung ausschließen und eine

Regelung im Parla­mentsgesetz selbst gebieten, wie nach ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Bestimmung für die Regelung von Freiheitsstrafen, für die Art. 104 Abs. 1 S. 2 GG ein förmliches Gesetz verlangt.

### III. Schlußbemerkung

Damit bin ich am Ende meiner Überlegungen zum Vorrang des Gesetzes und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Als deutscher Verfassungs- und Verwaltungsrechtler konnte ich nur die Gestaltungsformen zugrundelegen, die das deutsche Recht für die einschlägigen Probleme gefunden hat, und muß hoffen, daß dies zumindest exemplarisch aufgezeigt werden konnten. Die Bindung der Exekutive an das Gesetz ist, wie sich wohl gezeigt hat, in vielfältiger Weise mit den Ausgestaltungen der einzelnen Verfassungs- und Rechtsordnung verknüpft und muß daher ihre jeweils angemessene Ausdrucksform finden. Nuancen im Detail scheinen dabei von nachrangigem Gewicht; entscheidend sind die grundsätzlichen Elemente:

- die Verpflichtung des Verwaltungshandelns, das Gesetz zu beachten,
  - wirksame Vorkehrungen, um Verletzungen dieser Pflicht zu verhindern, und Sanktionen für den Fall, daß es doch zu Verletzungen kommt,
  - und die Anerkennung eines geschützten Bereichs des einzelnen, in dem seine Grundrechte, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nur auf gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden können.
- Nicht zuletzt gibt es Anforderungen, die das Gesetz erfüllen muß, damit es seiner zentralen Rolle auch gerecht wird,
- die inhaltliche Übereinstimmung mit der Verfassung und mit überpositiven Gerechtigkeits­erfordernissen - darauf wurde schon hingewiesen-,
  - und - dies wurde nur angedeutet - seine Entstehung nach den Maßstäben des Demokratieprinzips.

Last, not least, im Gegenteil: Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bedeutet nichts, wenn nicht eine umfassende und effektive Möglichkeit



gerichtlicher Kontrolle sichergestellt ist, um den einzelnen vor staatlichen Rechtsverletzungen zu sichern.

Selbst wenn eine Verfassung dies alles garantiert: Entscheidend ist, daß die Gesetzmäßigkeit des Staatshandelns in einem Staat auch wirklich gelebt wird.

## LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL FRANCAIS: LE TEMPS des MENACES.

**Prof. Dr. Henry ROUSSILLON**

(Toulouse Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı-Fransa)

Contrairement à ce que laisse entendre le titre de cet article, le Conseil constitutionnel français paraît se porter fort bien. Fruit du "hasard et de la nécessité" (1), comme nous l'avons écrit, triomphe de l'abbé SIEYES, juriste marquant de la Révolution, autant que de H. KELSEN, pour nous Français insuffisamment fiers de nos grands hommes et accueillants pour tout ce qui vient du monde germanique, l'Institution de la rue Montpensier, siège du Conseil, semble atteindre une maturité pleine de promesses et vouloir commencer le millénaire dans la sérénité que donne la réussite (2).

### **Le Conseil va bien!**

Il va bien puisqu'il a survécu aux bouleversements nés des alternances et des cohabitations qui s'installent durablement dans notre paysage politique pour le plus grand bénéfice, semble-t-il, de ce fameux "État de droit" en passe de devenir, plus qu'un encadrement, une sorte de substitut du politique; il a même survécu à ce qu'il est convenu d'appeler "l'affaire DUMAS".

Le Conseil va bien puisqu'il rend tout au long de l'année, son lot de décisions sur des sujets très importants provoquant des commentaires attendus des grands maîtres de la doctrine et des media souvent confondus: celles relatives au PACS, à la responsabilité pénale du Chef de

---

(1) "L'avenir du Conseil constitutionnel: la banalisation" in "Administration, oct. déc., 1997, p. 41.

(2) Voir notre ouvrage: "Le Conseil constitutionnel" Dalloz, 2000, 4<sup>e</sup> édition.

l'Etat, aux trente cinq heures, à la parité hommes -femmes, au mode d'élection des sénateurs pour n'en citer que quelques une parmi les plus récentes; sont là pour le prouver avec leur inflation préoccupante de "réserves d'interprétation", la découverte de nouveaux "objectifs de valeur constitutionnelle" pas toujours évidents, comme celui "d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi" dans la décision du 16 décembre 1999 relative à la codification de notre droit par voie d'ordonnances, et non de lois, et une augmentation de la longueur des décisions qui tranche avec le laconisme des débuts sans que l'on trouve toujours une argumentation incontestable comme on l'a fort remarqué à propos de la décision sur le "PACS" (3).

Le Conseil va bien puisqu'il a servi, sert et servira encore de modèle, avec une liberté d'adaptation inévitable, pour de jeunes démocraties, nées de l'effondrement du bloc soviétique et de ses satellites du Tiers monde, soucieuses d'éviter le système américain qui exige la mise en place d'un ensemble de tribunaux et de magistrats nombreux et bien formés, ce qui demande du temps, et, aussi, le modèle allemand jugé trop complexe et trop marqué par l'histoire de ce peuple. Le Président R. BADINTER (1986-95), devenu Sénateur (4), a beaucoup oeuvré pour que cette influence internationale s'affirme et se développe. La création d'une Association regroupant les Conseils et Cours constitutionnelles francophones, dont la dernière réunion a eu lieu au Gabon en octobre 2000, est venue couronner cette entreprise.

Le Conseil va bien, enfin, puisqu'il a su au cours des années et grâce à la lucidité et à la persévérance de ses Présidents successifs, on songe à D. MAYER (nommé en 1983) et, bien sûr et surtout, à R. BADINTER, réaliser sans bruit des réformes décisives en ce qui concerne sa procédure, au sens large, qui régit son mode de fonctionnement; la transparence des conditions de sa saisine et , en particulier, la publication des lettres de saisine et des argumentaires qui les accompagnent, due en grande partie

---

(3) Th. Revet, RTDC , 2000, n°1.

(4) Une façon, sans doute, de rendre hommage à cette institution, chère à l'abbé Siéyès, ancêtre du Sénat actuel, le "Sénat conservateur de la constitution" de la Constitution de l'an VIII!

à l'influence du professeur J. GICQUEL, ainsi que la juridictionnalisation croissante des débats avec une ouverture aux interventions "extérieures" (il n'est pas possible pour un particulier de saisir directement le Conseil) et le développement d'une procédure de plus en plus contradictoire dans les faits témoignent des progrès accomplis et justifient le fait que plus personne de sérieux aujourd'hui ne songe à contester le titre de "cour constitutionnelle" à notre Conseil. Certes, des progrès peuvent être accomplis encore: une publicité plus grande ou un caractère contradictoire accru avec l'intervention d'avocats à "l'audience", par exemple; la publication éventuelle d'opinions dissidentes, souhaitée par le professeur D. ROUSSEAU (5), mais considérée par le doyen G. VEDEL et le Président F. LUCHAIRE, tous deux anciens membres du Conseil, comme le meilleur moyen de "tuer" l'institution; l'instauration, sous une forme ou sous une autre, d'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception avec question préjudicielle, même si un tel projet semble en voie d'être dépassé, comme on le verra, avec le développement du contrôle de conventionnalité; quant à modifier le mode désignation des membres du Conseil, il ne s'agit pas d'une priorité.

Comment, dans de telles conditions, oser affirmer ou même simplement insinuer que des "menaces" planeraient sur le Conseil constitutionnel?

Bien sûr, certains auteurs, iconoclastes sans aucun doute et nous en faisons partie, se sont aventurés à décrire la "banalisation" (6), le "contournement", le "déclin annoncé" (7) du Conseil; d'autres ont parlé de sa "renaissance" (8), ce qui suppose, pour le moins, une "mort" préalable, et permettrait de parler d'un nouveau "Lazare", ce qui serait très exagéré même si les juristes affectionnent cette "parabole"; d'autres, encore, sans utiliser des formules aussi tranchantes, mais connaisseurs avertis de l'Institution pour en avoir été membres, nous l'avons vu, et n'avoir jamais

---

(5) Voir sur ce débat les "Cahiers du Conseil constitutionnel", 2000, n°8, p.80.

(6) revue "Administration", op cit, p.41.

(7) "Mais qui contrôle la loi française? Le déclin du Conseil constitutionnel." Gazette du Palais, mars 1999.

(8) Guy Carcassonne; "Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975? in Cahiers du Conseil constitutionnel, 1999, n° 7, p. 100.

cessé d'en commenter avec talent ses décisions, n'hésitent plus aujourd'hui à tempérer leur enthousiasme des débuts et à se demander si l'on peut sérieusement affirmer que le règne de ce fameux "État de droit" ne date que de 1971; on en vient à se demander si des "fidèles" pourtant assidus, comme le doyen G. VEDEL ou le Président F. LUCHAIRE (9), par exemple, sans perdre la "foi" de leur jeunesse ne seraient pas devenus des "pratiquants saisonniers" qui finiraient par douter un peu; le Président J. ROBERT n'échapperait pas à ce désenchantement si on en juge par son dernier ouvrage ("La garde de la République" Plon, 2000). Il n'est pour s'en convaincre que de lire le doyen VEDEL: "le droit français est né et a vécu avec une belle santé avant la constitution de 1958; celle-ci a mis au jour une source trop longtemps cachée; elle n'a pas englouti nos vieux fleuves dans un océan sans rivages" (10). Cela ne signifie pas que la catégorie des "dévots" aurait disparu; et le "grand Prêtre", Louis FAVOREU, est toujours là entouré "d'acolytes" talentueux, recevant parfois, comme on le verra, des renforts inattendus et paradoxaux du côté de certaines "églises" voisines, ainsi des adeptes de la théorie réaliste et de l'interprétation "réunies", utilisant souvent un langage un peu hermétique. On pourrait y ajouter, couronnant tout cela, un sentiment diffus mais profond de "lassitude" (sic) fort bien exprimé par D. ROUSSEAU lors du colloque organisé par D. CHAGNOLLAUD les 22-23/6/2000 à Paris II.

Ces remarques préliminaires faites, il nous reste à justifier nos inquiétudes. Si le Conseil constitutionnel est menacé, et on a compris que selon nous c'était le cas, ce ne peut être que parce que des phénomènes majeurs sont apparus ou se sont révélés plus graves que ce que l'on pensait. Nous en retiendrons deux, même s'ils sont certainement plus nombreux: d'une part une évolution inquiétante de la notion même de

---

(9) "Voir sa conclusion très "prudente" à son article paru à la RDP, 1999 n°5: "Deux décisions du Conseil constitutionnel appelées à faire jurisprudence?"

(10) Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 1, 1996, p. 57. ou encore "Ce n'est pas dans la constitution que les notions fondamentales du droit puisent leur existence; c'est la constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes" in , "La constitutionnalisation des branches du droit", ss direction B. Mathieu et M. Verpeaux , PUAM, 1998, p. 14.

constitution, fondement indispensable de tout contrôle, (I) dans une partie de la doctrine et, d'autre part, la place du juge constitutionnel dans l'ordre politico-juridique(II) qui va jusqu'à affecter la conception même du juge constitutionnel dans une société démocratique.

## **I- UNE ÉVOLUTION INQUIÉTANTE DE LA CONCEPTION DE LA CONSTITUTION.**

Le fondement logique de l'existence d'un contrôle de constitutionnalité, et donc d'un organe chargé de ce contrôle, en l'occurrence le Conseil constitutionnel, est, bien entendu, et on voudra bien nous excuser de cette évidence, l'existence d'une constitution; ceci découle dans notre système politico-juridique de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789: "Toute société, dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution". Cet article est trop connu pour qu'il mérite ici un long commentaire. Nous nous contenterons d'en souligner les conséquences évidentes quant au concept même de constitution: celle-ci doit se présenter sous la forme d'un "texte", comme la Déclaration elle-même, c'est à dire d'un écrit pouvant servir de référence, c'est un des grands apports de la Révolution française; d'un texte "rigide", sinon pourquoi utiliser un terme spécifique, "constitution", différent du mot "loi"; enfin, d'un texte "clair", puisqu'il s'agit d'une charte fondamentale que "tout Homme et tout citoyen" doit pouvoir lire et comprendre facilement.

Or, il apparaît, aussi bien dans les faits que dans une partie de la doctrine, que ces trois caractères "fondamentaux" de la constitution, "écrit, rigide, clair", sont plus ou moins gravement remis en cause ce qui justifie que l'on puisse dès lors s'inquiéter et parler de "menaces" pesant sur le Conseil constitutionnel comme nous allons tenter de le montrer:

- A La "déconstruction" de la constitution: la mise en question de l'écrit.**
- B Une rigidité constitutionnelle contestée et exacerbée.**
- C Un texte de moins en moins clair.**

## A La "déconstruction" de la constitution: la mise en question de l'écrit.

Il n'est pas besoin de mettre en place un contrôle de constitutionnalité et donc de maintenir un Conseil constitutionnel, ou toute autre Cour constitutionnelle, s'il n'existe pas un texte de référence, la constitution. Actuellement, après quelques hésitations le terme même de "constitution" paraît, à nouveau, en France, s'imposer sous la plume des spécialistes du contentieux constitutionnel qui un moment l'avaient écarté au profit d'expressions plus floues comme "bloc de constitutionnalité". On en veut pour preuve le fait que le doyen L. FAVOREU, "père putatif" (11) de l'expression "bloc de constitutionnalité" souhaite aujourd'hui qu'on l'abandonne pour revenir au le terme "constitution" (12). Mais cela ne signifie pas, pour autant, que nous n'assistions pas, du fait de tout un mouvement doctrinal qui a l'ambition de repenser le droit et dont le but n'est sans doute pas de remettre directement en question l'objet même de son étude, nous lui en faisons crédit, au développement d'un phénomène que nous désignerons, improprement peut-être, par les termes de "déconstruction de la constitution". Il s'agit là d'un phénomène global et international, essentiellement d'origine anglo-saxonne (13); nous avons toujours eu en France de bons "traducteurs"...

Ce mouvement de "déconstruction" de la constitution ne saurait être étudié en détail dans une communication de cette dimension; nous allons donc en décrire, de façon forcément simplificatrice mais, espérons-le, non caricaturale et dans un langage qui se voudrait accessible au plus grand nombre, les conclusions utiles à notre propos.

Fondée sur l'épistémologie et sur l'herméneutique, en particulier allemande (école biblique protestante), la théorie dite de "l'interprétation" rejoint, d'une certaine manière, la théorie italienne du "droit vivant" (par opposition à un hypothétique "droit mort"?). Elle débouche sur l'idée que

---

(11) Claude Emeri prétend également à la paternité. Voir notre ouvrage, op. cit..

(12) Précis de droit constitutionnel, collectif, Dalloz, 2000, 3è édition.

(13) On connaît l'influence sur la doctrine française de l'auteur américain Ronald Dworkin, par exemple.

le texte constitutionnel, mais c'est vrai de tout texte, juridique ou non, et même de ce qui n'est pas véritablement texte comme la musique, n'a aucun sens objectif par lui-même!

C'est, en tout cas, ce qui semble ressortir d'un article du professeur O. CAYLA, spécialiste reconnu et auteur de nombreux travaux, publié récemment (14): "Une norme juridique, si l'on accepte de s'en remettre à la définition introduite par H. KELSEN est un "phénomène de signification" d'un type très particulier que, dans le vocabulaire de la philosophie contemporaine du langage, on appelle une signification "pragmatique": il s'agit de la "force"- "illocutoire", comme le dit le philosophe du langage- de commandement, que l'on comprend être la signification de "l'acte d'énonciation même auquel procède un émetteur lorsque, prenant la "parole" en direction d'un adressataire, il exprime à ce dernier sa prétention à le lier par une obligation, c'est à dire à l'enjoindre de se conformer à un modèle de comportement obligatoire. Mais ce qui est à noter avant tout est que cette "norme" ou, si l'on préfère cette signification normative, de "force injonctive", d'un acte de discours (et qui dans une perspective kelsénienne s'apparente à la "juridicité" même de celui-ci définie en termes de signification), n'est pas une "signification textuelle": un texte écrit, quel qu'il soit, n'a jamais en lui même de signification normative (sic) car tout texte écrit, quel qu'il soit, est "pragmatiquement muet"...

On voudra bien nous pardonner d'avoir présenté une citation aussi longue, et un peu hermétique, mais il s'agit de ne pas trahir la pensée de l'auteur. Nous ne cacherons pas une certaine perplexité, que nous savons partagée par bien d'autres, devant un raisonnement qui conduit l'auteur cité à affirmer, par exemple, que "BEETHOVEN n'est pas l'auteur de la 9<sup>è</sup> Symphonie..."; à quoi bon celui-ci l'a-t-il écrite? L'a-t-il même écrite? Si à travers ce genre d'affirmation on veut seulement indiquer que chaque chef d'orchestre, chaque orchestre, interprète, à sa manière, une oeuvre

---

(14) "Cahiers du Conseil constitutionnel", op cit., p. 78 : "La Constitution, le traité et la loi: contribution au débat sur la hiérarchie des normes".



musicale, et ceci serait vrai du juge, il s'agit d'une banalité reconnue par tous et, alors, ne peut-on pas le dire plus simplement et, finalement, "appeler un chat un chat" comme le suggère O. CAYLA lui-même (15)?

Mais les tenants de ces raisonnements vont plus loin; pour eux, la classique opposition entre le "Sein"(l'être) et le "Sollen"(le devoir être), chère à E. KANT, n'a pas de sens; en définitive, à la suite de M. TROPER, en particulier, la constitution n'a pas de sens tant que le juge n'a pas dit ce qu'il était. Ceci est faire bon marché du "droit au dernier mot" dont jouit le pouvoir politique agissant dans la forme constituante et qu'il exerce, comme en 1993 suite à la décision du 13 août relative à la "loi Pasqua" sur le droit d'asile fondée sur les accords de "Schengen". Précisons que l'intervention du pouvoir constituant peut se concevoir aussi bien "activement", comme dans l'exemple cité, que "passivement": lorsqu'il ne réagit pas c'est, évidemment, qu'il approuve la décision du Conseil, en tout cas il y aurait une forte présomption dans ce sens.

De façon paradoxale, ces analyses aboutissent à une survalorisation du rôle du juge constitutionnel et, accessoirement, des "interprètes" politiques chargés d'appliquer la constitution comme cela ressort de cette phrase de J. HABERMAS : " Toute constitution est un projet (sic) qui n'acquiert de persistance que sur le mode d'une interprétation permanente continuellement menée à tous les niveaux de l'instauration (resic) du droit" (16); mais de telles analyses aboutissent, en même temps, à une déstabilisation complète de ce même juge, car sur quoi peut bien se fonder la légitimité de ce dernier si, en définitive, la constitution, qu'il est chargé de faire respecter, n'existe pas ou n'existe que dans sa propre subjectivité, dans son "ego" hypertrophié et insaisissable "a priori"?

Non seulement paradoxales en elles mêmes, ces analyses sont, aussi, dangereuses, évidemment, pour la démocrate; ceci mériterait d'assez longs développements. On se contentera d'indiquer ici que l'histoire de la lente affirmation de la démocratie, depuis les origines les plus lointaines, a consisté, d'une part, à assurer aux citoyens, ou à leurs représentants

---

(15) Op. cit. , p. 80.

(16) "Droit et démocratie", Gallimard, 1997, p. 147.

légitimes, et non au juge , la maîtrise de la "fabrication" du droit et, d'autre part, à rendre le droit connaissable avant l'action; c'est là sans doute le premier droit fondamental de tout homme; la démocratisation a consisté à faire sortir le droit du secret dans lequel l'ont enfermé successivement , et de plus ou moins bonne foi, le sorcier, le prêtre, le Roi et aujourd'hui le juge considéré, dans ces théories, comme le "grand interprète" infaillible, pour le placer aux yeux de tous sur l'Agora . Un retour aux mystères d'un culte ésotérique dans lequel, parmi les "servants" on retrouverait, à côté du juge , "La" Doctrine (17), comme s'il existait "une" doctrine unanime, n'est donc pas admissible. Nous reviendrons sur la prétention du juge à se considérer comme "représentant" au même titre que les autres acteurs politiques dans la deuxième partie.

On perçoit toutes les conséquences pernicieuses de ce genre d'analyse; on entend bien qu'il serait peu scientifique de juger seulement de la validité d'une théorie en fonction de ses conséquences pratiques; cependant, on serait incomplet si on ne les mentionnait pas, et ne juge-t-on pas un arbre à ses fruits?

En définitive, la mort annoncée de la constitution conçue comme un texte écrit et intelligible, donnerait finalement raison à G. BURDEAU. La constitution ne serait bien qu'un "temple allégorique habité par des ombres" suivant sa belle formule. Si ces théories l'emportaient, le Conseil constitutionnel et, plus généralement, le juge constitutionnel, seraient bien "menacés" dans leur fondement même: plus de constitution = plus de juge constitutionnel!

## **B Une rigidité constitutionnelle contestée et exacerbée.**

La remise en question de la rigidité constitutionnelle constitue, elle aussi, une menace pour le Conseil constitutionnel. Les développements que nous allons consacrer à cette question seront plus brefs car la matière est mieux connue et que nous avons exposé l'essentiel de nos idées dans un article récent (18).

---

(17) D. Rousseau, "Droit du contentieux constitutionnel", Montchrestien, 1999, p.467.

(18) "Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle: réflexions sur un paradoxe" in "Mélanges Ph. Ardant" LGDJ, 1999, p. 251.

De même que l'existence d'une constitution réelle, et non "virtuelle" livrée au bon vouloir du juge, est une condition de l'existence d'une justice constitutionnelle, de même en est-il de la rigidité réelle de cette constitution. Or dans ce domaine , aussi, la menace plane car, et de façon paradoxale, la constitution devient de moins en moins rigide en même temps qu'on assiste à la revendication d'une supra-constitutionnalité ayant pour effet, au contraire, une rigidification absolue de cette même constitution ou, en tout cas, de ses principales dispositions.

### 1) Une rigidité contestée.

Au sens juridique du terme, c'est à dire l'existence d'une procédure exceptionnelle et solennelle de révision de la constitution différente de celle d'adoption de la loi, la rigidité constitutionnelle existe dans la constitution de 1958; il s'agit même d'une rigidité importante et renforcée par rapport à la IIIè ou la IVè République.

Par contre, si nous nous plaçons sur le terrain de la sociologie et de la science politiques, nous pouvons facilement constater une remise en cause de la rigidité constitutionnelle. En effet, sans qu'il soit question de confondre rigidité et immutabilité de la norme constitutionnelle, force est de constater que celle-ci se trouve considérablement fragilisée depuis une dizaine d'années en particulier. Ceci ressort de la multiplication du nombre de révisions (neuf en dix ans): rares sont les années où il n'y a pas une voire deux révisions (19). Une typologie sommaire permet de distinguer les révisions "spontanées" comme celle relative au champ référendaire du 4 août 1995 et les révisions "provoquées"; celles-ci sont intervenues soit à la demande expresse du Conseil, ainsi celle du 18 juin 1976 concernant l'élection présidentielle (mort, empêchement d'un candidat) soit par la nécessité de ratifier un traité international (20) et donc, d'une certaine manière aussi, à la "demande" du Conseil constitutionnel soit, enfin, au contraire, pour "briser" une décision de ce même Conseil comme dans l'affaire du droit d'asile , déjà citée, avec la

---

(19) Comme en 1993, les 27 juillet et 25 novembre ou, en 1999, les 25 janvier et 28 juin.

(20) Traités de Maastricht, d'Amsterdam ou de Rome( relatif à la création de la Cour pénale internationale).

révision du 25 novembre 1993 ou celle du 8 juillet 1999 à propos de la parité hommes-femmes ou, enfin, la révision "ajournée" du 24 janvier 2000 en réaction à la décision du Conseil du 15 mars 1999 sur la définition du corps électoral néo calédonien.

Même si le doyen L. FAVOREU note que le nombre de révisions est plus important en Allemagne qu'en France sans que pour autant on y parle de fragilité de la constitution, ce que retient la majorité des citoyens c'est que la norme constitutionnelle cède pratiquement toujours devant le Traité ou devant la loi, avouant ainsi sa faible rigidité.

## 2) Une rigidité exacerbée.

Au moment même où nous constatons une instabilité et une fragilisation de la norme constitutionnelle, nous assistons à un phénomène à la fois logique et surprenant, voire paradoxal, l'affirmation ou la revendication de l'existence d'un "noyau dur" constitutionnel insusceptible de toute révision.

Si on en avait le temps, on pourrait étudier les différents aspects de ce phénomène de rigidification. Ainsi, pourrait-on analyser l'affirmation d'auteurs, comme O. BEAUD, suivant laquelle les abandons de souveraineté au profit d'une institution supranationale comme l'Union Européenne ne peuvent s'effectuer que par une révision référendaire, affirmation contestable selon nous; il faut y voir avant tout une manifestation de la demande d'une plus grande rigidité fondée sur une réhabilitation, sinon une redécouverte, du pouvoir constituant "originaire", même si l'expression est discutée, et derrière cela d'un droit naturel intangible.

Un autre aspect de ce mouvement en faveur de la rigidification consiste dans la tentation pour certains et à partir de l'interprétation d'une décision il est vrai ambiguë, celle de "Maastricht II" du 2/9/1992, de demander au Conseil constitutionnel de contrôler la constitutionnalité des révisions constitutionnelles! Il s'agit là du débat né de l'interrogation sur la nature juridique des dispositions de l'article 89, alinéa 5, de la Constitution interdisant de modifier "la forme républicaine du gouvernement", formule sans grande signification juridique il faut en

convenir. Qu'une telle démarche ne soit pas inconcevable dans certains États comme l'Espagne qui ont mis en place des procédures de révision différentes suivant la nature des dispositions révisées ne saurait suffire à en faire un principe général et surtout à vouloir l'imposer en France où cette diversité des procédures n'existe en aucune manière. Il est évident, au pays de Descartes ( mais y sommes-nous toujours?), que contrôler la constitutionnalité d'une révision constitutionnelle, réalisée par le pouvoir constituant, est une contradiction dans les termes. Heureusement qu'il y a encore de grands juristes, comme le doyen G. VEDEL, pour le dire avec force. L'habillage adroit qu'en présente le doyen L. FAVOREU qui, sensible à l'objection, préfère parler du "contrôle d'un droit constitutionnel simple par rapport au droit constitutionnel fondamental" (21) ne saurait tromper personne.

Pour terminer sur ce point, il faudrait aborder la question à la mode, et qui se trouve, en réalité, en filigrane derrière tout ce qui précède et qui est celle de l'existence, ou non, d'une supra-constitutionnalité. Les partisans d'une rigidification accrue ne peuvent que soutenir l'idée qu'une telle norme supérieure à la constitution existe. Peu importe que cette norme soit une sorte de "droit commun" démocratique, européen ou mondial, repérable dans la plupart des constitutions modernes et parfois repris par certains traités comme la Convention européenne des droits de l'homme ou la future Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée par le Conseil européen de Biarritz en octobre 2000 (in "Le Monde" 17/10/2000). Ce qui est essentiel ici, et qu'il faut souligner, c'est que faute d'organe reconnu pouvant proclamer cette norme supraconstitutionnelle ou seulement attester officiellement de son existence, il est clair que cette fonction d'identification d'un "droit naturel" implicite ne peut être le fait que du juge constitutionnel national lui même, en l'occurrence le Conseil constitutionnel. On pourrait s'empresse, alors, de dire, trop imprudemment bien sûr, qu'il n'y aurait là aucune menace venant de ce pouvoir souverain auto-proclamé du juge constitutionnel, au contraire; à ceci près qu'une telle prétention, et en tout

---

(21) Op. cit. p. 137.

cas une telle conséquence, ne peut que discréditer ce juge constitutionnel, détenteur d'un pouvoir absolu contre lequel viendrait se briser le pouvoir constituant lui-même.

### **C Un texte de moins en moins clair.**

Le droit pour être efficient et correspondre aux exigences d'un État démocratique a besoin d'être clair. Le Conseil constitutionnel l'a lui-même reconnu et proclamé sous forme d'objectif de valeur constitutionnelle" (OVC) dans une décision du mois décembre 1999 relative à la "codification par voie d'ordonnances"; notre droit foisonnant ne devient-il pas inaccessible au commun des mortels? On veut bien croire qu'aidés par les brillants Maîtres de requêtes du Conseil d'État, "auteurs", très souvent, des textes incriminés, les Conseillers constitutionnels finissent par s'y retrouver dans une constitution qui, modifiée si souvent et au moindre frais, ressemble, de plus en plus, à une sorte "mille feuilles", la saveur en moins, ou encore à un manteau d'arlequin indéfiniment rapiécé.

Difficilement lisible, la constitution voit son contenu devenir de plus en plus incertain sinon incohérent.

#### **1) Un texte peu lisible.**

Sans vouloir accabler nos "réviseurs" constitutionnels

qui, depuis plus de quarante ans, viennent modifier, pour l'améliorer sans relâche, notre charte fondamentale, il faut bien reconnaître que les résultats ne sont pas à la mesure de leurs ambitions. Aucune refonte globale n'a été effectuée qui aurait introduit plus de cohérence. Malgré quelques toilettages récents et non négligeables, comme en août 1995, mais partiels, le constituant préfère se limiter à "décliner" les articles: articles 47, 47-1; 53, 53-1, 53-2; 88, 88-1, 88-2, 88-3, 88-4. On ne fera que mentionner, dans ce sens, les révisions, discutables dans la forme, concernant le nouveau statut de la Nouvelle Calédonie, en particulier celle du 20/7/1998, et les incohérences qu'elles provoquent en attendant le futur statut constitutionnel de la Corse. De même que nous avons en nous plusieurs cerveaux (cortex), nous aurions plusieurs constitutions à la fois

(21bis): constitution "reptilienne", celle des origines; néo-constitution, révisée dans les conditions que l'on sait et sans oublier les "conventions de la constitution", à ne pas confondre avec les variations du régime politique, constitution "virtuelle", peut-être, qui permet de récupérer sans vergogne toutes les violations inavouées de notre constitution comme le fait remarquer depuis longtemps le professeur Marie-Anne COHENDET...

## 2) Un contenu incertain.

Que contient notre constitution aujourd'hui, en ce début du troisième millénaire? Il est difficile de répondre avec précision et pas seulement pour le jeune étudiant de première année.

On avait cru comprendre que les traités internationaux et tout le droit dérivé qui s'y rattache ne faisaient pas partie du fameux "bloc de constitutionnalité", en vertu de la jurisprudence "IVG" de 1975. Aujourd'hui on en est moins sûr. Les mentions et références faites par notre constitution, article 88-2, aux traités de Maastricht (22) et d'Amsterdam (23), par exemple, ne suffisent-elles pas pour les "constitutionnaliser"? Le débat est largement engagé et les Cahiers du Conseil constitutionnel, déjà cités, abordent largement le sujet en publiant les réponses de deux éminents spécialistes du Conseil ayant des pratiques et des points de vue divergents, Guy CARCASSONNE et Bruno GENEVOIS à la question : "Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 du 15/1/ 1975?" Cela annonce-t-il un revirement de jurisprudence du Conseil? Cela n'est pas sûr car il y en a eu peu à ce jour, et l'abandon par le Conseil de son argument-clef, à savoir la très grande difficulté qu'il y a à connaître le "corpus" du droit international sous ses différents aspects, n'est pas évident. Si cette jurisprudence "IVG" devait être abandonnée, la constitution française ne serait-elle pas menacée

---

(21bis) Jean-Claude Douence et Bertrand Faure "Y a-t-il deux constitutions?", RFDA, 2000, p. 746.

(22) 7 février 1992.

(23) 2 octobre 1997.

d'obésité? Une menace de plus qui, ajoutée aux précédentes, contribue à entretenir ce sentiment d'une menace globale découlant, en quelque sorte, du "statut" même de la constitution; reste à exposer les menaces plus directes concernant la place du Conseil en tant que tel.

## II - UN JUGE CONSTITUTIONNEL CONTESTE.

Le Conseil constitutionnel se trouve, également, menacé parce que confronté à un double phénomène; le premier prend la forme d'une critique que l'on peut considérer comme exagérée, voire non fondée, mais qui ne cesse de prendre de l'ampleur et qui vise à dénoncer ce que l'on peut appeler de façon un peu dramatique le spectre du "gouvernement des juges" (A); le deuxième phénomène, beaucoup plus grave à nos yeux car plus direct, et déjà largement entré dans les faits, consiste dans le "contournement" du Conseil par d'autres juges ce qui, sauf réaction rapide, mais difficile à imaginer, devrait conduire à sa marginalisation (B).

### A Le spectre du "gouvernement des juges".

Il ne s'agit pas de traiter ici tous les problèmes qui se cachent derrière cette expression qui dépasse, et de loin, le seul cas du juge constitutionnel. Il est vrai qu'il existe en France, mais aussi dans d'autres pays voisins, un malaise concernant les rapports entre la justice pénale et les responsables politiques qui donne lieu à de nombreux débats, colloques et ouvrages sans déboucher pour autant sur des solutions claires. Cette situation explique, pour partie, les avatars du projet "ajourné" de réforme de la justice au début de l'an 2000. Nous nous limiterons ici au Conseil constitutionnel dans son activité de contrôle de constitutionnalité, mais sa situation ne peut pas totalement échapper au climat général, concernant l'ensemble des juges, que nous venons d'évoquer.

Le Conseil est susceptible de faire l'objet de critiques débouchant sur la formule citée à deux points de vue: tout d'abord on peut lui reprocher une constitutionnalisation du droit qui de rampante serait devenue envahissante; ensuite, on peut s'étonner de la présentation du Conseil faite par certains auteurs lui attribuant un statut de "représentant".



### 1) Une constitutionnalisation du droit envahissante.

Vaste sujet que celui de la constitutionnalisation "grandissante" (24) du droit qui a donné lieu à plusieurs colloques et de nombreuses thèses (25). On ne retiendra ici que quelques idées.

La constitutionnalisation de notre droit, plus tardive que chez nos voisins, a été de ce fait plus rapide et d'une certaine manière plus brutale ou, en tout cas, ressentie comme telle par de nombreux auteurs, privatistes en particulier bien représentés par le Professeur F. TERRE. Dans la doctrine du droit public, tous ne se réjouissent pas avec autant d'enthousiasme que le doyen L. FAVOREU, et signe des temps des auteurs éminents qui ont pressenti, décrit et accompagné le phénomène dit des "bases constitutionnelles" de telle ou telle matière font plus que s'interroger, on l'a dit, sinon sur sa justification logique, du moins sur une valorisation exagérée et faiblement opérationnelle d'un tel phénomène. Ce n'est un secret pour personne que le doyen G. VEDEL, peu suspect d'être hostile au Conseil, est de moins en moins convaincu de la nécessité et de l'intérêt d'une constitutionnalisation totale des différentes branches du droit, cela ressort de la plupart de ses articles récents. C'est là plus qu'un signe d'autant plus que le Président F. LUCHAIRE dans l'article de la RDP de 1999, déjà cité, adopte un point de vue identique : " Le droit constitutionnel progresse dans les domaines du droit administratif et du droit pénal (on peut ajouter du droit privé dans son ensemble) faut-il s'en féliciter...? Faut-il le regretter...Une certaine prudence (sic) apparaît nécessaire: il ne faudrait pas que la jurisprudence du Conseil constitutionnel pénètre dans trop de détails...". On ne saurait être plus clair.

Bien entendu, on fera valoir que cette constitutionnalisation s'est effectuée, et s'effectue encore, de façon prudente et que le Conseil a toujours refusé de s'ériger officiellement en organe normatif, "n'ayant pas un pouvoir général d'appréciation" comparable à celui du législateur. Prudent, il l'est pour reconnaître de nouveaux Principes Fondamentaux

---

(24) Expression de D. Rousseau, op. cit.

(25) Comme celles de N. Molfessis "Le Conseil constitutionnel et le droit privé" Paris 2, 1994, ou St. Mouton "La constitutionnalisation du droit", Toulouse, 1998.

Reconnus par les Lois de la République et plus prudent encore pour "créer" des principes de valeur constitutionnelle quitte à se faire "doubler" par le Conseil d'État, comme on le verra, et à se livrer à de subtiles contorsions comme dans sa décision "Bioéthique" du 27/7/1994. Réticent très souvent, aussi, à déclarer une inconstitutionnalité, même partielle. Modeste, enfin, jusqu'à s'autolimiter, comme on l'a vu avec la jurisprudence "TVG" de 1975. Tout ceci est vrai, il n'en demeure pas moins que quelqu'un d'aussi modéré que le doyen P. PACTET (26) n'hésite pas à trouver le Conseil "audacieux".

"Audacieux", en effet pour ne pas dire plus, car le Conseil n'hésite pas à faire un usage, à nos yeux abusif (27), des "réserves d'interprétation" allant jusqu'à pratiquement réécrire la loi comme ce fut le cas tout récemment avec la décision sur le "PACS" qui ne comporte pas moins d'une dizaine de telles réserves. Audacieux ne l'est-il pas, encore, avec la reconnaissance d'un "Objectif de Valeur Constitutionnelle" extrêmement large sur "l'accessibilité" aux textes juridiques par le plus grand nombre, à propos de la loi sur la procédure de codification, du 16/12/1999? Et que penser de ces fameux "obiter dictum" par lesquels, au détour d'une argumentation, il glisse un principe ou une règle de grande portée comme il l'a fait récemment dans sa décision, sur le Traité de Rome créant la Cour pénale internationale, du 22-1-1999, à propos de la responsabilité pénale du Président de la République qui ne pourrait être mise en jeu qu'en dehors de la période du mandat et seulement pour les crimes de haute trahison devant la haute cour de justice? Le "spectre" rode...

## 2) L'usurpation du titre de "représentant"

Les auteurs sensibles aux critiques mettant en cause la légitimité d'une institution comme le Conseil à qui ils reconnaissent, trop facilement selon nous, un pouvoir de création du droit, déplacent le problème en tentant de prouver que le Conseil est légitime dans ce rôle normatif puisqu'il est lui-

(26) Institutions politiques et droit constitutionnel, A. Colin, 2000.

(27) Dans un contrôle "a priori", à la différence d'un contrôle par voie d'exception comme aux USA, il serait beaucoup plus logique de ne pas pratiquer un "acharnement thérapeutique" pour sauver à tout prix une loi qui n'a pas encore commencé d'exister juridiquement puisque non promulguée..

même un "représentant" du peuple au même titre que le parlement ou le pouvoir exécutif.

C'est, nous semble-t-il, le point de vue de D. ROUSSEAU (28) qui écrit: "Le Conseil inaugure ainsi un nouveau mode de "fonctionnement" démocratique: avant lui, la volonté des représentants prévalait sur celle du peuple...avec lui, la souveraineté populaire est en "position" de prévaloir car elle dispose d'un moyen, le Conseil précisément, lui permettant d'exprimer, contre la représentation des représentants, sa volonté". Cette citation montre bien que le Conseil exprime la souveraineté populaire, ce qui est une autre manière de dire qu'il la représente, mais, évidemment, mieux que les représentants classiques; c'est donc reconnaître au Conseil la qualité d'une sorte de "super-représentant". Certes, il est admis que la qualité de représentant peut être reconnue à un organe non désigné démocratiquement, et l'on cite toujours l'article 2 de la constitution française du 3/9/1791 "...La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi (sic)". Mais on nous concédera que ce texte a été adopté dans des circonstances un peu particulières qui en rendent toute extrapolation pour le moins hasardeuse et dangereuse.

Dans ces conditions vouloir faire du Conseil constitutionnel un représentant du peuple français ne nous paraît pas très convenable. Prétendre faire jouer à ce soit disant organe "représentatif" un rôle normatif suprême, entre deux élections certes, au travers d'une jurisprudence libre de tout contrôle n'est pas admissible. Mieux vaut encore une "démocratie discontinue"...

### **C Concurrence des autres juges.**

La menace venant des autres juges, nationaux ou européens pour l'instant en attendant un juge international, habilités, à un titre ou à un autre à contrôler la loi qui demeure, malgré tout, l'acte normatif par excellence, est extrêmement grave pour l'avenir du Conseil; non seulement elle risque de le dessaisir de pans entiers de ce qui constitue son activité, mais

---

(28) Voir son manuel, p. 449, et son ouvrage sur "La démocratie continue".

également par la marginalisation ainsi induite de rendre sans intérêt des réformes éventuelles déjà envisagées par le passé comme ce que l'on a improprement appelé "l'exception d'inconstitutionnalité" puisque celle-ci existerait sous une autre forme et avec un résultat quasiment identique.

### 1) La concurrence des juges nationaux.

La décision "I.V.G." de 1975 a eu des conséquences sinon totalement inattendues, du moins terriblement importantes pour l'avenir même du Conseil. En refusant d'inclure dans le "Bloc de constitutionnalité" le droit international issu des traités y compris les traités fondateurs de ce qui est devenu "l'Union européenne", le Conseil acceptait de se voir dessaisi un outil très efficace de contrôle de l'activité normative nationale (29).

Sans état d'âme, le juge judiciaire par la décision de la Cour de cassation de 1975, "café Jacques VABRE" et le Conseil d'État après beaucoup d'hésitations dues à sa nature et à son histoire mais parce que c'était la condition de sa survie, avec la décision "NICOLO" de 1989, se sont engagés dans la voie royale du contrôle de la conventionnalité des lois ouverte par le Conseil lui-même.

Tout en restant fidèles au refus de contrôler la constitutionnalité de ces mêmes lois, ainsi que cela ressort de la décision du Conseil d'État "ROUQUETTE" du 5/3/1999 (30), les juridictions nationales n'hésitent plus à déclarer des lois inapplicables pour cause de contrariété avec une norme européenne, fut-elle antérieure à la loi, y compris une norme dérivée ce qui, il faut bien le reconnaître, crée un sentiment de malaise puisqu'une simple "directive" qui pour un Français a toutes les apparences d'un "acte administratif" (on connaît sa définition et les conditions de son adoption) l'emporte sur la loi! C'est dans ces conditions que tribunaux de grande instance et tribunaux administratifs ont acquis une "popularité" tout à fait inhabituelle en faisant prévaloir une directive "oiseaux" du

(29) Voir G. Drago "Contentieux constitutionnel français", PUF, 1998, p. 330.

(30) Concl. Christine Maugué, RFDA, 1999, p. 357.

B. Genevois: "Le Conseil d'Etat n'est pas le censeur de la loi au regard de la constitution", RFDA, 2000, p. 715.

2/4/1979 sur une loi de 1998 relative aux dates de fermeture de la chasse pour les oiseaux migrateurs.

Par ailleurs, mais toujours avec le même effet de marginalisation du Conseil constitutionnel, deux décisions du Conseil d'Etat extrêmement importantes, et relativement proches dans le temps, sont venues révéler l'extraordinaire capacité de réaction de ce dernier; il s'agit de la décision "Koné", du 3/7/1996, et de la décision "Sarran", du 30/10/1998; Dans le premier arrêt, "Koné, le Conseil d'État interprète un traité conformément à un "principe constitutionnel", PFRLR, créé ou, pour le moins, "dégagé" par lui, qu'on le veuille ou non, selon lequel l'extradition est impossible si elle est demandée pour des motifs politiques; ceci aboutit implicitement à conférer au Conseil un statut d'organe "constitutionnel" puisque la fonction "créé" l'organe. Dans la deuxième décision citée, "Sarran", les choses sont plus complexes encore mais aussi plus lourdes de conséquences pour le Conseil constitutionnel; en effet, pour les commentateurs les plus audacieux, L. DUBOUIS ou J.F. FLAUSSE (31), le Conseil d'État, "sous couvert d'interprétation, établit une réserve de constitutionnalité. Il exerce un contrôle de constitutionnalité au fond"; pour les professeurs B. MATHIEU et M. VERPEAUX (32), plus réservés sur l'aspect révolutionnaire de cette décision, le Conseil se serait contenté de faire prévaloir la constitutionnalité du décret sur son inconstitutionnalité; quant à Christine MAUGÛE, Maître des requêtes au Conseil d'État et auteur des conclusions, elle s'efforce de relativiser les choses (33) : "...Rien n'indique que le Conseil d'État ait entendu se faire juge de la conformité du traité à la constitution...il s'est borné à constater que dans le cas d'espèce, la Constitution formait un écran entre l'acte administratif et les traités...". Bien qu'en conclusion de son commentaire, elle préfère simplement évoquer "un dialogue fructueux", elle est bien obligée de convenir qu'on y a vu, également, "l'esprit de compétition qui animerait le Conseil d'État dans ses rapports avec le Conseil constitutionnel"; nous penchons pour cette seconde interprétation qui met

---

(31) RDP, 1999, p. 919.

(32) RFDA, 1999, p. 67.

(33) Cahiers du Conseil constitutionnel, op. cit. p. 89.

l'accent sur des tensions connues de tous et qui permet de mieux saisir les menaces très réelles qui pèsent sur ce dernier à l'occasion de querelles de pouvoirs et d'affirmation de leadership..

## 2) Concurrence des juges européens.

La concurrence des juges européens était prévisible. Elle se manifeste de façon plus rapide que prévue et devrait avoir des conséquences considérables sur l'avenir des cours constitutionnelles nationales, en général, et du Conseil constitutionnel, en particulier, qui a bénéficié, dans le passé, plus que d'autres cours du caractère centralisé de l'État français et en subit, aujourd'hui, de plein fouet les effets négatifs.

Au moment où notre droit est de plus en plus d'origine, directement ou indirectement, européenne, certains vont jusqu'à considérer que le droit "national" ne représente plus que le 1/3, sinon même seulement le 1/4, du droit appliqué en France, il était prévisible que nous assisterions à l'émergence et au développement d'une juridiction européenne surtout avec la décision du Conseil de plus en plus controversée, on l'a dit, de 1975 ("IVG"); en fait, ce sont deux juridictions qui occupent le devant de la scène, la Cour européenne des droits de l'homme, surtout depuis la reconnaissance de la possibilité de saisine directe par les particuliers et la Cour de justice des communautés européennes; ces deux juridictions seront vraisemblablement appelées à fusionner un jour ou l'autre dès lors que les membres du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne seront un jour vraisemblablement les mêmes; cette fusion, ne nous y trompons pas, sera un facteur de puissance pour la nouvelle institution; elle sera, sans doute, précédée, ou suivie, par la rédaction et l'adoption d'une véritable "constitution" européenne qui préexiste déjà dans les faits ainsi que l'ont montré des auteurs comme le Président J.ROBERT (34) ou D. ROUSSEAU. Ajoutons que les progrès, encore lents, de la prise de conscience par les professionnels du droit, les avocats en particulier, de la dimension européenne des problèmes juridiques qu'ils sont appelés à

---

(34) Lors d'un colloque tenu à Tunis les 3 et 4 décembre 1999 à l'occasion des quarante ans de la constitution tunisienne. Rapports en cours de publication à Tunis.

traiter accélérera le processus d'européanisation du contentieux des droits fondamentaux mais aussi de celui des autres branches du droit avec les conséquences que cela aura sur la nature des contentieux.

Reste à préciser ce que nous entendons par "concurrence". En effet, il peut s'agir d'une concurrence pacifique dans la complémentarité, une sorte de "cohabitation" juridictionnelle, si le terme n'était pas devenu si ambigu. Le Conseil constitutionnel ne serait pas dans ce cas "menacé" puisque le phénomène contentieux européen des droits fondamentaux, par exemple, se développerait avec son libre consentement et dans un domaine essentiellement complémentaire (comme le montre la décision récente de la "Cour de Strasbourg", du 9/11/1999, "affaire Chalibi et Debboub" à propos du "délai raisonnable" dans un procès); ainsi, il peut y avoir, seulement une saine émulation ne mettant pas directement en cause la décision de l'autre juridiction.

Mais il peut s'agir, aussi, d'une concurrence beaucoup moins pacifique due, non pas à une quelconque volonté délibérée d'agression ou d'impérialisme des "juges européens", mais du fait de l'enchaînement logique et inévitable, autant que prévisible, résultant des difficultés d'articulation des deux jurisprudences, nationale et européennes. Des degrés de contradiction et d'incompatibilité de ces jurisprudences peuvent être imaginés correspondant à des degrés variables de protection des droits fondamentaux.; ainsi, un pas de plus vient d'être franchi par une décision de la Cour européenne des droits de l'homme qui relance les débats, peut-être les inquiétudes, et sûrement accroît les menaces qui pèsent désormais sur le Conseil. En effet, par la décision du 28/10/1999 "Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres contre France", la Cour européenne a considéré qu'une loi qui avait été jugée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (et c'est là qu'est la nouveauté) n'en était pas moins contraire à la Convention européenne des droits de l'homme dans la mesure où elle privait le citoyen français de son droit à un "procès équitable" à la suite d'une procédure contestée de validation d'un décret. Certes, le Conseil n'a pas à juger, on le sait, la loi française par rapport à la Convention, donc il n'y a pas formellement contradiction entre les deux décisions; certes, on pourra, aussi, faire valoir qu'il s'agit d'une affaire de peu de portée concernant un

statut dérogatoire relatif à l'Alsace; mais on ne doit pas oublier que la plupart des "grandes décisions" contentieuses ont été rendues sur des affaires "secondaires" voire sans intérêt pratique (35). Il serait, donc, dangereux de se réfugier derrière ce genre d'arguties pour refuser de voir que nous sommes là en présence d'une décision "révolutionnaire" révélatrice d'une situation qui ne peut que "discréditer" le Conseil constitutionnel à moyen et long terme. Cela le conduira, peut-être, à adopter une jurisprudence plus rigoureuse et d'une certaine manière à intégrer, fut-ce implicitement, les sources écrites européennes et la jurisprudence des Cours qui les appliquent dans un "bloc de constitutionnalité élargi". La menace est réelle et très présente; il serait dangereux pour le Conseil de ne pas vouloir en prendre conscience comme l'a remarqué le Professeur G. CARCASSONNE (36).

Le temps n'est pas encore venu où le Conseil constitutionnel se transformera, vraisemblablement, en simple Cour d'un État fédéré placée sous la dépendance d'une Cour constitutionnelle européenne. Mais le temps est venu pour lui de réagir à cette menace "européenne" qui vient s'ajouter à celle décrite dans la première partie et qui concerne son fondement référentiel, la constitution française; tout cela finit par constituer un ensemble inquiétant pour sa légitimité et donc son avenir. Doit-il changer de jurisprudence ou bien partir à la conquête de nouveaux territoires, comme un contrôle plus étendu de l'activité du Pouvoir exécutif, voire du peuple souverain lui-même agissant par la voie référendaire (37)? Autant de stratégies possibles, et d'autres encore, parmi lesquelles il lui faudra choisir pour échapper aux menaces qui se précisent..

---

(35) Ce fut déjà le cas pour la fameuse décision de la Cour suprême américaine "Marbury V. Madison" dont l'intérêt pratique était nul.

(36) "Le Point", 12 novembre 1999.

(37) Voir les propositions de la "Commission Vedel" en 1993.

Voir, également: Frédérique Rueda " Le Contrôle de l'activité du Pouvoir exécutif par le juge constitutionnel en Allemagne, en Espagne et en France", LGDJ, 2000, Préface H. Roussillon.