



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**DEMOKRASİ
VE
YARGI**

DEMOCRACY
AND
JUDICIARY

Editör: Dr. Ozan ERGÜL

SEMPOZYUM
ANKARA
04-05-06 OCAK 2005

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 78

Demokrasi ve Yargı
Editör: Dr. Ozan Ergül

ISBN: 975-6689-82-X
© Türkiye Barolar Birliği
Birinci Baskı: Aralık 2005

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokađı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobilik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokađı 25/B Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**DEMOKRASİ
VE
YARGI**

DEMOCRACY
AND
JUDICIARY

Editör: Dr. Ozan ERGÜL

SEMPOZYUM
ANKARA
04-05-06 OCAK 2005

İÇİNDEKİLER

TBB Başkanı Av. Özdemir ÖZOK'un Açış Konuşması.....1

BİRİNCİ GÜN BİRİNCİ OTURUM

Anayasal Demokrasi: Sınırlı İktidara Giden Yol

Michel TROPER	
Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi	12
Christian STARCK	
Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim	25
Ulrich KARPEN	
Sınırlı İktidar ve Hukuk Devleti	34
Mithat SANCAR	
Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?	44
Tartışma	57

BİRİNCİ GÜN İKİNCİ OTURUM

Temsili Demokrasinin Krizi ve Yükselen Yıldız: Yargı

Pasquale PASQUINO	71
Klaus von BEYME	
Alman Anayasa Mahkemesi - Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?	77
Fazıl SAĞLAM	
Demokratik Hukuk Devletinde Yükselen Yıldız: Yargı	117
Tartışma	134

İKİNCİ GÜN BİRİNCİ OTURUM

Demokrasinin Pekışmesinde Yargının Rolü:

Eski ve Yeni Demokrasiler

"Eski Demokrasiler"

Pasquale PASQUINO	
İtalyan Anayasa Mahkemesi	152

Cornell CLAYTON	
ABD’de Mahkemeler, Demokrasi ve	
Anayasal Değişim: 2004 Seçimlerine Yansımalar	159
Christoph GÖRISCH	
Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde	
Yargının Rolü	184
Alain PARIENTE	
Fransa’da Demokrasinin Pekişmesinde	
Anayasa Konseyi’nin Rolü	198
Tartışma	211

İKİNCİ GÜN İKİNCİ OTURUM

Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü:
Eski ve Yeni Demokrasiler
“Yeni Demokrasiler”

Khanlar HACIYEV	
Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü	226
Ferdinand J. M. FELDBRUGGE	
Rus Anayasa MAHKEMESİ ve Demokrasinin Pekişmesi	234
Renata UITZ	
Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü	
Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve	
Yüksek Mahkemeler Arasında Sıkışıp Kalmış	
Post-Komünist Demokrasiler	272
Radoslav PROCHAZKA	
Polonya, Çek Cumhuriyeti ve Slovak Cumhuriyetinde	
Anayasa Yargısı	309
Tartışma	318

ÜÇÜNCÜ GÜN

Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu:
Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?

Ergun ÖZBUDUN	
Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu	336
Ah ULUSOY	352
Fatih Selami MAHMUTOĞLU	368
Tartışma	384

Sunucu: Saygıdeğer konuklar; Türkiye Barolar Birliği'nin hazırlamış olduğu "Demokrasi ve Yargı" konulu toplantımıza hoş geldiniz.

Şimdi açılış konuşmasını yapmak üzere Türkiye Barolar Birliği Başkanı sayın Özdemir Özok'u kürsüye davet ediyorum.

Özdemir ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı): Sayın konuklar, "Demokrasi ve Yargı" konu başlıklı uluslararası toplantımıza hoş geldiniz, onur verdiniz, sizleri şahsım ve mensubu olmaktan büyük kıvanç duyduğum savunma örgütü adına saygılarımla selamlıyorum.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Avrupa Birliği eşiğindeki ülkemiz, her alanda çok hızlı bir değişim sürecinden geçmektedir. Kuşkusuz bu değişimin bütün boyutları ilgilileri tarafından yeterince tartışılmadan, irdelenmeden ve özümsemmeden başka bir anlatımla, yapılanlar içselleştirilmeden gerçekleştirilmektedir. Çünkü, değişimi gerçekleştiren kişi ve kurumlarda dahi çok ciddi görüş ve anlayış farkları yanında, getirdikleri çağdaş kurum ve kavramları değerlendirme problemleri gözlenmektedir. Bu nedenlerle, ülke yönetiminde etkin olan bir çok kişinin bir çırpıda sıraladığı, ancak yeterince özümsemediği, ya da farklı yorumladığı, çağdaş devletlerin omurgasını oluşturan "demokrasi" ve "yargı"

kurumlarını ve birbirleriyle ilişkilerini uluslararası bir toplantıda tartışmaya açmayı yararlı bulduk.

Günümüz anayasalarında çağdaş devlete, her şeyden önce "*hukuk devleti*" denilmektedir. Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu gerçekleştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, kendini Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı sayıp yargı denetimine açık kılan, yasaların üstünde yasa koyucunun dahi bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinden uzak kalındığında eylem ve işlemlerinin geçersiz sayılacağı bir devlet şeklidir. Kısaca hukuk devleti ilkesi, yönetenlerin de yönetilenler gibi hukuka bağlılıklarını öngörür ve bunu bağımsız yargının denetimine ve güvencesine bırakır.

Demokratik sistem ise, devlet yetkilerini kullanacak olanların, başta da siyasal karar organlarının, egemenliğin asıl sahibinin, yani halkın iradesinden, eşit ve adaletli bir seçimle oluşması biçiminde tanımlayabiliriz. Ne var ki günümüz demokrasisi, böyle sade bir tanım ve seçimden seçime sahneye konan biçimsel bir sonuç olarak değil, etkisini her zaman gösteren bir "*süreç*"tir. Bu bağlamda yurttaşlar, bireysel özgürlükleriyle, gönüllü kuruluşlarıyla, partileriyle, meslek örgütleriyle, basın-yayın organlarının bütünü olan medyasıyla, demokrasi adına katılımı ve denetimi sürekli gerçekleştirirler. Çağdaş demokrasileri asıl etkili kılan ve hayatiyetini sağlayan da işte bu toplumsal bilinç ve sürekliliktir.

Hukuk devleti ve demokrasi kavramları, çağımızda etle tırnak gibi birbirlerine bağlıdırlar. Bu gerçekten hareketle hukuksuz demokrasi ve demokrasisiz de hukuk olmaz demek mümkündür.

Demokrasi en basit anlatımla "*çoğunluğun yönetimi*" olarak tanımlanabilir. Ancak, çoğunluğun "*hukuk devleti*" ve "*kuşvet-*

ler ayrılığı" ilkeleri çerçevesinde sınırlanması sonucu "anayasal demokrasi" kavramı gelişmiştir. Keyfi değil, sınırlı bir çoğunluk yönetimi ve demokrasi anlayışını yansıtan "anayasal demokrasi", yönetenler ve bu arada çoğunluk iradesinin en başta Anayasa kuralları olmak üzere hukuk kuralları ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan, bir siyaset bilimcinin de haklı olarak belirttiği gibi, demokrasi bir yöntem olarak "çoğunluk yönetimi" olmasına rağmen, aslında "demokrasiler birer azınlık yönetimi" olarak da karşımıza çıkmaktadırlar. Şüphesiz bu durumun gözlemlenmesinde siyasi partiler olgusunun, siyaset alanındaki bölünmelerin, seçmenlerin siyasete ve siyasal katılıma sırt çevirmesinin ve büyük ölçüde seçim sistemlerinin de etkisi bulunmaktadır. Çoğunluğun yönetimi olarak tasarlanan, ancak uygulamada aktardığımız önermede olduğu gibi, pek çok kez azınlığın yönetimine dönüşen demokrasilerin, hukukla sınırlı, temel hak ve özgürlüklere saygılı bir yönetim anlayışı ortaya koyabilmesi için varlığı gerekli olan anayasal demokrasilerde, Anayasa'nın üstünlüğünü sağlama görevi büyük ölçüde yargı erkine düşmektedir.

Bugün artık, yargının iktidarı sınırlama işlevi, Anayasa ve hukuk kuralları çerçevesinde yürütülen meşru bir işlev olarak görülmekte, yargının bu işlevi meşruiyet yönünden büyük ölçüde tartışma dışında kalmaktadır.

Haklar ve özgürlüklerin teminat altına alınabilmesi bağımsız yargının varlığına bağlıdır. Bağımsız yargıyı ülkemizde belirttiğimiz biçim ve içeriğiyle temellendiren ve şekillendiren, 1961 Anayasası olmuştur.

Bugün bize Kopenhag kriterleri olarak sunulan bir çok kavram ve ilke bu Anayasa ile çok geniş ölçüde tanınmıştı. 1961 Anayasası 2. maddesinde şöyle diyordu; "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir". Anayasa bu maddesinde, hukuk devleti adına, başta "insan hakları"nın önemini açıkça belirtirken; demokrasi adına iki önemli kavramın "laiklik" ve "sosyal" kavramlarının altını çiziyordu.

Demokrasi ve yargı yönünden çağdaş kurallar içeren 1961 Anayasası'nın yerine ikame edilen 1982 Anayasası devlet ağırlıklı olup birey hak ve özgürlükleri yönünden daha geri bir konuma düşmüştür. 1982 Anayasası'nı tartışmak için sadece o gündemle olağanüstü genel kurul yapan Türkiye Barolar Birliği o günlerde de bu fikir ve düşünceleri kamuoyuna duyurmuştur. Türkiye Barolar Birliği bugün değil, kurulduğu günden bu yana, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve bunların olmazsa olmaz koşulu olan bağımsız yargı için duraksamadan mücadele vermiştir.

Sayın konuklar...

Özellikle 55 ve 56. Hükümetlerde hissedilen daha sonra, 57. Hükümet döneminde bariz bir biçimde ortaya konulan Avrupa Birliği uyum süreci öncelikle Anayasa'dan başlayarak, devleti ve devlet-yurttaş ilişkilerini çağdaş temeller üzerine oturtmak, demokratik yaşamın baş aktörleri olan siyasi partiler başta olmak üzere siyasi partiler ve seçim yasalarında köklü değişikliklere gidilmesi yönünde belirmiş olmasına karşın, zamansız bir erken seçimle tüm bu girişimler gerçekleşememiştir.

3 Kasım seçimlerinden sonra oluşan yeni parlamentodan çıkan 58 ve 59. Hükümetler de Avrupa Birliği sürecine bağlı kalarak, zaman zaman iktidara gelmeden önce savundukları ilkelerle çelişmelerine karşın, demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı adına çok önemli yasalara ve değişikliklere imza atmışlardır. Bu değişiklikleri, birer birer sayarak vaktinizi almak istemiyorum. Ancak yapılan değişiklikler, istenen ve gereksinimleri karşılayacak düzeyde olmadığı gibi, bu değişiklikler, bunları gerçekleştirenler tarafından dahi içtenlikle benimsenmemiş ve içselleştirilememiştir. Bu nedenle özellikle uygulamada çok ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, yapılanlar, yapılması gerekenlere oranla çok gerilerdedir. Üstelik, bugün tamamen Avrupa Birliği dayatmasıyla yapılan değişiklikler, bu ülke için yeni buluşlar da sayılmaz. Bunların çok daha güvencelileri 1961 Anayasası'nda yer almıştı. Ama onlar, 1971-1973 değişikliklerle-

riyle geri alınmaya başlanmış ve 1982 Anayasası'yla tünden değiştirilmiştir. Şimdi hiç yoktan kaybedilenler, ne yazık ki, Avrupa Komisyonu tarafından çizilen yol haritası doğrultusunda oluşturulan "Katılım Ortaklığı Belgesi" ve yine aynı amaçlarla Türkiye tarafından oluşturulan "Ulusal Program" doğrultusunda tekrar kazanılmaya çalışılmaktadır. Kuşkusuz bütün bunlar gerçekleştiğinde, başta demokratikleşme olmak üzere, insan hakları, hukuk devleti ve yargı bağımsızlığı konularında çok ciddi kazanımlar elde edilecektir.

1923 Devrimi ile tercihini Avrupa uygarlığından yana yapmış ve yüzünü Batı'ya dönmüş olan genç demokratik Türkiye Cumhuriyeti, 1954 yılının Temmuz ayında yaptığı başvuru ile kırk beş yıl süren ve inişli çıkışlı bir yol izleyen Avrupa Birliği-Türkiye ilişkilerinde 17 Aralık 2004 günlü Brüksel Zirvesi'yle yeni bir döneme girmiştir.

Kapalı, açık tahrip gücü yüksek kimi mayınları içermesine karşın "Brüksel Zirve Kararı" Türkiye'yi müzakere masasına daveti hedeflediği için son derece önemlidir. Kuşkusuz bu aşamaya gelmesinde, öncelikle mevcut iktidar yöneticilerinin yanında, geçmiş dönem siyasal iktidarlara mensup yöneticilerin de büyük katkıları vardır. Bu noktaya kadar geçen sürecin, her aşamasında emek ve destek veren herkese teşekkürlerimizi sunuyoruz.

Geçmişten günümüze demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti mücadelesini sürdüren Türkiye Barolar Birliği yanında, savunma hakkının yılmaz temsilcileri avukatlar ve onların örgütleri barolarımıza tarihi görevler düşmektedir. Türkiye-Avrupa Birliği ilişkilerinin önemli bir güvencesi de Atatürk ve arkadaşlarının açmış olduğu yolda ödünsüz olarak yürüten aydınlık yüzlü, aydınlık düşünceli çağdaş avukatlarımız ve onların örgütleri barolarımızdır.

Sayın konuklar...

Son günlerde yeniden başlatılan "Başkanlık Sistemi" tartışmalarıyla ilgili görüş ve düşüncelerimi de bu vesileyle sizler-

le paylaşmak istiyorum. Bu aşamada ilk kez TBMM Anayasa Komisyonu sayın Başkanı tarafından dile getirilen “Başkanlık Sistemi” daha sonra sayın Adalet Bakanı ve sayın Başbakan tarafından da çeşitli nedenlerle gündeme taşınmıştır.

Toplumsal yaşamda istikrarı yakalamanın ancak, daha güçlü yürütme, daha güçlü yönetimle mümkün olacağı bunun da “başkanlık sistemi” ile gerçekleşebileceği düşüncesi zaman zaman gündeme getirilmekte buna karşın, vatandaşların haklarını yönetime karşı güvence altına alan yeni ve çağdaş demokratik sistem ve kazanımlar göz ardı edilmektedir.

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 ayırık tutarsak, devletin geriye kalan iki organı “yasama” ve “yürütme”nin oluşumları ve birbiriyle olan ilişkilerine göre belirlenmektedir. Klasik bir ayrıma göre bunlar “meclis hükümet sistemi”, “başkanlık sistemi” “parlamentar sistem” ve son elli yılda örnekleri artan “yarı başkanlık sistemi” olarak isimlendirilmektedir. Bunlardan “Başkanlık Sistemi”ni, 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. Bu sistemde, yürütme organı tek başlıdır ve başkanın kabinesinde yer alanlar, onun sadece danışmanı, yardımcısı konumundadırlar. ABD eski Başkanlarından Lincoln’ün bakanlarıyla yaptığı bir toplantıda oya sunduğu konuya ilişkin oylama “7 hayır, 1 evet. Evetler galiptir” şeklindeki yaklaşımı bu sistemin başkan eksenli bir sistem olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. “Başkanlık sistemi”nin demokrasiyle birlikte çok iyi bir biçimde işlediği tek ülke ABD’dir. Bir bilim adamı “ABD başkanlık sistemi sayesinde değil, buna rağmen demokrasiyle yönetilen bir ülkedir” demek suretiyle ABD’de demokratik sistem ve demokratik geleneklerin ne denli gelişmiş olduğunu vurgulamak istemiştir. Başkanlık sistemine rağmen ABD’nin demokratik olmasının nedeni, diğer başkanlık rejimleri gibi

diktaya dönüşmesini önleyen bazı öğelerin varlığından ileri gelmektedir. Bu öğelerin başında sempozyum konusunu da oluşturan, çok etkili bir yargı sisteminin mevcudiyeti gelir. ABD yargı sistemi o denli etkilidir ki, zaman zaman "ABD'de demokrasiyi yargıçlar kurmuşlardır" denilebilmektedir. Demokrasi için birincil derecede önemli olan, yürütme ve yasamaya, tek kelime ile her türlü güce karşı halkın haklarının korunmasıdır. Bu güvenceyi ABD yargısı verebilmekte ve halkın haklarını kısıtlamak için değil, genişletmek, kullanılmasını sağlamak ve güvence altına almak işlevini mükemmel yakın şekilde yerine getirebilmektedir. ABD başkanlık sisteminin başarısındaki en önemli etkenlerden birisi de iki partili bir siyasi sistemin yerleşmiş olmasıdır. Çok partili bir sistemde başkanlık sisteminin demokrasinin çökmesine neden olabileceği anayasa hukuku uzmanlarının ısrarlı görüşüdür. Bütün kurumlarıyla işleyen demokratik bir sistem yanında, tam bağımsız güçlü bir yargı ve bunların dışında iki partili bir siyasal yapı "başkanlık sistemi"nin olmazsa olmaz koşullarıdır.

Ağır aksak işleyen demokratik yapımız, siyasal iktidarın gölgesinin altındaki yargımız ve siyasal bilimcilerin ülkemizde daha yirmi beş-otuz yıl, beş-altı parti ile devam edeceğine iddia ettikleri siyasal yapımızla birilerinin ülkeyi uçurmak için sabırsızlandıkları "başkanlık sistemi"ne ne kadar hazırız? Sizlerin ve kamu oyunun takdirlerine sunuyorum.

Hukuk ilke olarak yerel bir disiplindir. Diğer taraftan, hukukun bilimsel bir faaliyet olmaya en yakın olduğu durum karşılaştırmalı çalışmalarda kendisini göstermektedir. Yukarıda, ana hatlarını çizmeye çalıştığım, yargı ve demokrasi ilişkisi çerçevesinde, genel olarak sınırlı iktidar ve anayasal demokrasi anlayışına ulaşmak için zorunlu olan yargısal denetimin, işleyişine, etkinliğine ve işlevine ilişkin bilgilerin karşılaştırmalı hukuk çerçevesinde ele alınmasını sağlamak bu sempozyumu düzenleyenlerin temel amacıdır. Sempozyum çerçevesinde yaşanacak bilgi aktarımı ve beyin fırtınasının tüm hukukçular açısından ufuk açıcı olacağına inancım tamdır.

DEMOKRASİ VE YARGI

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Toplantının ülkemiz demokrasisine ve bağımsız yargısına yeni açılımlar kazandırması dileğiyle, sempozyuma katkı sunanlara ve beni sabırla dinleyen sizlere teşekkür eder saygılar sunarım.

BİRİNCİ GÜN
BİRİNCİ OTURUM

**"Anayasal Demokrasi:
Sınırlı İktidara Giden Yol"**

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Erdal ONAR
(Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Sunucu: Saygıdeğer konuklar; sabah oturumunu başlatmak üzere sözü Prof. Dr. Erdal Onar'a bırakıyorum.

Oturum Başkanı: Seçkin konuklar, değerli katılımcılar; Türkiye Barolar Birliği'nin düzenlemiş olduğu gerçekten çok zengin olan bu programa ben de huzurlarınızda ilk oturuma başkanlık yaparak katılmaktan gerçekten onur duyduğumu ifade ederek sözlerime başlamak istiyorum.

ERDAL ONAR'IN
KONUŞMASI

Bir küçük duyuru yapmam gerekiyor: Bu oturumda yer alacağı daha evvel programda sizlere duyurulmuş olan, Göttingen Üniversitesi'nden Prof. Christian Starck rahatsızlığı nedeniyle maalesef aramızda değil. Ancak Prof. Strack'ın tebliği, yine bir değerli meslektaşı Prof. Karpen tarafından, ana noktalarına işaret edilerek bizlere sunulacak. Bunu önceden duyurmak durumundayım.*

İki buçuk saat kadar sürecek olan bu oturumu her bir katılımcıya maksimum yarım saat bir süre vererek ve son yarım saatini siz değerli konukların tartışmalarına açarak değerlendirmenin uygun olacağını düşünüyorum.

Tekrar katıldığınız için hepinize teşekkür ederek, ilk sözü Michel Troper'ye vermek istiyorum. Michel Troper Paris X. Nanterre Üniversitesi Hukuk Teorisi Merkezi Müdürü ve söz şimdi Michel Troper'de.

* Kitapta Prof. Christian Starck'ın gönderdiği tebliğe ayrıca yer verilmiştir.

**Prof. Dr. Michel TROPER (Paris X Nanterre Üniversitesi
Hukuk Teorisi Merkezi Müdürü)***

Anayasal devlet ve demokrasi arasındaki ilişkiye dair soru, biri normatif diğeri betimleyici, iki biçimde algılanabilir:

a. Normatif bir bakış açısıyla, soru şu biçimde sorulabilir: Şayet anayasal yönetim biçimi denildiğinde sınırlı iktidar anlaşılıyorsa, demokrasinin anayasal bir yönetim biçimi olduğu söylenebilir mi? Demokrasi bazen, egemenliğin halka ait olduğu ve iktidarın mutlak ve sınırsız olarak algılandığı bir yönetim biçimi olarak tanımlanmaktadır. Böyle algılandığında, sınırlandırılmış demokratik devlet düşüncesi, kendi içinde bir çelişkiyi barındırmaktadır. Bu tanım esas alındığında, demokrasinin anayasal bir yönetim biçimi olup olmadığı sorusu gündeme gelmez; bu sorunun sorulabilmesi, ancak demokrasinin diğer tanımlarına başvurulması halinde mümkündür, örneğin: Demokrasi, halkın sahip olduğu iktidarın temsilcileri aracılığıyla kullanıldığı bir sistem olarak tanımlandığında; egemen halkın iktidarını sınırlamaksızın, temsilcilerin kullandığı iktidar sınırlanabilir. Bu halde soru, yalnızca bunu yapmak gerekip gerekmediğine ilişkin olup, bu sorunun olası iki yanıtı lehine de argümanlar mevcuttur. Fransız geleneğinde V. Cumhuriyet'e kadar temsilcilerin temsil edilenlerin tüm yetkilerine sahip egemenler olduğu ve dolayısıyla bunların iktidarının sınırlanmaması gerektiği kabul edilmekte iken, Amerikan geleneği bunun tam aksi yöndedir.

b. Soruya betimleyici bir bakış açısıyla da yaklaşılabilir: Temsili bir hükümet sisteminin sınırlandırılmış bir yönetim biçimi olduğu kabul edilirse ve şayet temsili bir hükümet sistemi isteniyorsa, bunu nasıl oluşturmak gerekir? Buna en uygun araçlar nelerdir? Araçlar ile amaçlar arasındaki ilişkiye dair bu soru, betimleyicidir. Bu noktada, "*Kuvvetler Ayrılığı*", "*Rule of Law (Hukukun Üstünlüğü)*" veya "*Hukuk Devleti*" gibi

* "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti ve Demokrasi" başlıklı tebliğ. Fransızca'dan Çev.: Arş. Gör. Burak Öztürk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

kuramlar devreye girer. Bu kuramların her biri için, kuramın önerdiği örgütlenme ilkelerinin, arzu edilen amacı (sınırlı iktidar) gerçekleştirmek bakımından etkili olup olmadığını inceleyebiliriz.

Kuvvetler ayrılığına ilişkin sorun, bu toplantıyı düzenleyenler tarafından doğrudan öngörülmediği için kısaca değinilecektir. "*Kuvvetler ayrılığı*", belirsiz bir kavram olup;

- kamu makamlarının, önemli devlet işlevlerinden biri ya da diğerinde uzmanlaşmış ve karşılıklı olarak bağımsız oldukları bir örgütlenmeyi;

veya

- erklerin bir denge içinde oldukları ve karşılıklı olarak birbirlerini denetleyebildikleri bir örgütlenmeyi;

ifade eder.

Birinci tanım, ulaşılmak istenen sonucu sağlamak bakımından işe yarar değildir, zira yasama işlevi tanımı gereği yürütme işlevine üstündür; şöyle ki, parlamenter rejim uygulamalarının da gösterdiği gibi, yasama işlevini üstlenen otorite kaçınılmaz olarak diğerine hakim olacaktır.

İkinci tanım ise yalnızca, farklı otoritelerin tek bir partinin ya da koalisyonun elinde olmadığı durumlarda etkili olabilir; zira tek bir parti her şeye egemen ise, artık denge yoktur. Fransa'daki durum, buna örnek gösterilebilir.

Ben burada "*Rule of Law*" (Hukukun Üstünlüğü) ve Hukuk Devleti'ni incelemekle yetineceğim. Bu iki ifade, kimi zaman yanlış biçimde eşanlamlı olarak sunulmaktadır. "*Rule of Law*"un yaygın bir tanımını ele alalım, sözgelimi Finnis'in tanımını:¹

¹ Finnis J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 270) : "A legal system exemplifies the Rule of Law to the extent ... that
i. its rules are prospective, not retroactive, and
ii. are not in any other way impossible to comply with; that
iii. its rules are promulgated

i. kuralları geleceğe yönelik olup, geçmişe etkili değildir
ve

ii. uyulması olanaksız olmamalıdır

iii. kuralları yayımlanmıştır

iv. açıktırlar

v. birbiriyle uyum içindedirler

vi. kişilerin bu kuralların içeriği hakkındaki bilgileriyle davranışlarını düzenlemelerine izin verecek derecede istikrarlı olmaları gerekir

vii. nispeten özel ve sınırlı durumlara ilişkin kural ve emirler; yayımlanmış, istikrarlı ve daha genel kurallara uygun olmalıdır

viii. kuralları koymak ve uygulamak yetkisine sahip olanlar, bundan sorumlu olup, hukuku yeknesak biçimde uygulamakla yükümlüdür.

Bu tanımdan çıkan, Finnis'in de bütünüyle kabul ettiği gibi, "Rule of Law" öğretisinin bir idealin tasvirinden ibaret olduğu ve bu ideali gerçekleştirmeye yönelik araçların neler olduğunu belirtmediğidir.

Hukuk Devleti ise farklı bir öğretilerdir. Yasaların geleceğe etkili olmasını, konularının imkansız olmamasını, yasaların anlaşılabilir olmasını, özel durumlara ilişkin kuralların daha

iv. clear and

v. coherent one with another; that

vi. its rules are sufficiently stable to allow people to be guided by their knowledge of the content of the rules; that

vii. the making of decrees and orders applicable to relatively limited situations is guided by rules that are promulgated, stable, and relatively general, and that

viii. those people who have authority to make, administer and apply the rules in an official capacity are accountable, do actually administer the law consistently..."

Bu alıntının çevirisinde, Fransızca metin esas alınmakla birlikte, yazarın dipnotta yer verdiği özgün metin de dikkate alınmıştır (ç.n.).

genel kurallara uygun olarak konulmasını sağlamaya dönük araçları da göstermektedir.

Sınırlı bir yönetim biçimini arzu ettiğimize ve bunun aynı zamanda da bir demokrasi (burada kastedilen temsili demokrasidir) olmasını istediğimize göre; incelenmesi gereken, Hukuk Devleti kuramının önerdiği araçların, buna ulaşmak bakımından etkili olup olmadığı ve demokrasiyi ortadan kaldıracak ölçüde sınırlayıp sınırlamadığıdır. Bununla birlikte, bu soruların yanıtı, esas olarak, Hukuk Devleti ve demokrasi kavramlarının hangi anlamda kullanıldığına bağlı olarak değişir.

Bu inceleme iki aşamalı olarak yapılmalıdır. Öncelikle, dar anlamıyla halkın, temsilcileri aracılığıyla yönetilmesi biçiminde tanımlanan demokrasiyi ortadan kaldırmaksızın, Hukuk Devleti ile sınırlamanın ne ölçüde mümkün olduğu araştırılmalıdır. Şayet bunun imkansız olduğu sonucuna varılırsa, demokrasinin yeniden tanımlanması girişimlerini de dikkate almak gerekecektir.

I. Dar Anlamda Demokratik Devleti Hukuka Bağlı Kılmanın İmkansızlığı

Bütün Hukuk Devleti öğretilerinin ortak yönü, insanların başka insanların iktidarına değil, hukuka tâbi oldukları bir devlet tasavvur etmeleridir. Ancak iki tür öğretiyi birbirinden ayırmak gerekir. Birinci tür için, bu tasavvur devletin hukuka bağlı kılınmasıyla gerçekleşebilirken; ikinci tür için, devletin hukukun öngördüğü yapı içinde hareket etmesi gerekir.

A. Hukuka Bağlı Kılınan Demokratik Devlet

Yöneticilerin hukuka bağlı kılınmasına ilişkin savın, yöneticiler tarafından yaratılmamış olduğu halde onları sınırlayan bir hukuku varsaydığı ortadadır. Bu savın iki çeşitlemesi mevcuttur.

Birinciye göre, devletin dışında ve ona üstün olan bu hukuk, doğal hukuktur.

Doğal hukukun gerçekten varolup olmadığı sorusu bir yana bırakılıp varlığı kabul edilse bile; kamu makamları, doğal hukuka aykırı kararların iptali ya da aykırı davranışların cezalandırılması hususunda pozitif hukuk kurallarıyla yetkilendirilmediği sürece, doğal hukukun yaptırım gücünden yoksun kalacağı gözlemlenebilir. Bu durumda da, demokratik olsun ya da olmasın, iktidarı gerçekten sınırlandıran doğal hukuk değildir.

Kimi zaman pozitivist olarak nitelenen ikinci çeşitlemede ise, devlet doğal hukuka değil, yalnızca önceki pozitif hukuka bağlı addedilir. Bu bağlamda sıkça, sonradan yöneticileri bağlayacak kurallar koyan bir Solon ya da Lycurgus ve hatta yasa koyucunun uymak zorunda olacağı bir insan hakları bildirgesi varsayımına atıf yapılmaktadır. Ancak bu yaklaşıma ilişkin güçlükler de mevcuttur. Bu güçlüklerden biri mantıksaldır: Halk ya da temsilcileri gerçekten kendileri dışındaki kurullarla sınırlandırılabilirlerse, sistemin demokratik olduğu söylenemez. Şayet bu kurulların bizzat halktan kaynaklandığı kabul edilirse, sistem de demokratiktir; ancak bu durumda da sözkonusu olan bir sınırlandırılma değil, özsınırlamadır. Bir diğer güçlük ise hukuksaldır: Bir haklar bildirgesi kendiliğinden bağlayıcı olamaz ve ihlalleri tespit eden ve denetleyen bir makamın yokluğu halinde, iktidara sınır oluşturduğu söylenebilir. Böyle makamların varlığı durumunda ise, ortada bir sınır vardır; ancak, bu makamların bağlayıcı metinleri yorumlamak konusunda takdir yetkisine sahip olmaları kaçınılmaz olduğundan, sınırı belirleyen de onlardır ve böyle bir sistem demokratik olamaz.

Dolayısıyla, hukukla sınırlandırılmış devlet anlamında hukuk devleti bir hayaldir. Böyle bir devlet var olamaz.

O halde hukuk devletini, kendisi dışındaki ve kendisine üstün bir hukuka uygun davranan devlet olarak değil; hukuk aracılığıyla (hukuksal yapı içerisinde) hareket eden devlet olarak inceleyebiliriz.

B. Hukuk Aracılığıyla Hareket Eden Demokrasi

Esasen 18. yüzyılda savunulmuş olan düşüncenin özünde, devletin, ya da daha ziyade kamu makamlarının, yalnızca bir yasanın, yani genel ve soyut bir kuralın uygulanması zımında hareket edebilmeleri vardır. Böyle algılanan hukuk devleti, iktidarın normlar hiyerarşisini de içeren bir örgütlenme biçiminden ibarettir. Siyasal özgürlüğün asıl güvencesini bu hiyerarşi oluşturur. Bunun iki temel nedeni vardır. Birinci neden, siyasal özgürlük kavramının kendisiyle ilintilidir. Siyasal özgürlüğü, münhasıran yasalara tâbi olma keyfiyeti olarak ele alan Montesquieu'nün tanımında; hiyerarşiye tâbi olma, öngörülebilirliği güvence altına almaktadır. İkinci neden ise şudur: Somut durumlar, önceki bir yasanın uygulanması zımında alınan somut kararlarla düzenleniyor olduğu ve bu yasanın doğrudan doğruya somut durumları düzenlemesi mümkün olmadığı için, yasa koyucu genel ve soyut yasa yapmak durumundadır, bu yasa kendisine de uygulanacaktır ve yasanın tarafsız ve ılımlı olması yasa koyucunun da yararınadır.

Gerçekte, Kelsen'in de gösterdiği gibi, hukuk devleti normlar hiyerarşisine indirgendiği takdirde, devlet ve hukuksal sistem kavramları iç içe geçmekte ve her hukuk sistemi kendi içinde bir hiyerarşiye sahip olduğundan, her devlet de zorunlu olarak hukuk devleti olmaktadır. Bu doğrultuda, demokratik devlet, zorba (despotik) devletten daha fazla hukuk devleti değildir. Dolayısıyla, hukuk devletinde iktidarın sınırlandırılmasının hiçbir güvencesi olmamaktadır.

Hukuk devletinin her zaman iktidarın sınırlandırıldığı bir devlet olmamasının nedeni, üç ana faktörden kaynaklanır. Bir yandan, temsili bir demokraside yasaların halk ya da halkın temsilcileri tarafından yapıldığı düşünülür ve bunların baskıcı, geçmişe etkili veya somut durumları düzenleyen yasalar kabul etmeleri kolaydır. Diğer yandan, normlar hiyerarşisi, beşeri bir tasarrufun, üst norma uygun olarak yapıldığı takdirde norm değeri kazanmasını öngörür, ancak bu üst norm pekâlâ, idareye ve yargıçlara az ya da çok takdir hakkı tanıyan bir yetkilendirme normu olabilir (sıklıkla da durum budur). Dolayısıyla,

yurttaşlara yönelik somut emirler, gerçekte asla daha genel ve daha üstün normlardan türetilmemekte; halkın ya da seçilmiş temsilcilerinin değil, bu emirleri çıkaranların irade ve tercihlerini yansıtmaktadır. Nihayet, yasaların yorumlanmadan uygulanmaları mümkün değildir ve yorumlama yetkisi, bilgiye değil iradeye ilişkin olduğundan, yasaların yeniden yaratılması anlamına gelmektedir.

Buna karşı belki de, yürütme makamlarının (örneğin, idare mahkemeleri tarafından) ve hatta bizzat yasama yetkisinin denetlenmesi mekanizmalarının kurulabileceği, özellikle yasaların anayasaya uygunluğu denetiminin getirilebileceği itirazı ileri sürülecektir. Bu durumda gerçek bir smurlandırmanın sözü konusu olduğu doğrudur; ancak denetim makamlarının sahip olduğu takdir yetkisi, sistemin demokratik olarak adlandırılmasını olanaksız kılmaktadır.

Böylelikle, demokrasiden halkın veya temsilcilerinin yönetimi anlaşıldığı sürece, bir hukuk devleti öngörmek suretiyle demokrasiyi sınırlandırmakta başarısız olunmaktadır. Bu hukuk devletinin koşullarına göre, ya halkın temsilcilerinin iktidarı sınırlandırılmamıştır ya da sınırlandırılmışsa, artık demokrasiden söz etmek mümkün değildir. Bu nedendir ki kimileri, demokrasiyle uyumlu bir sınırlı iktidar öğretisini kurtarabilmek için, demokrasi kavramını değiştirmeyi önermektedir.

II. Yeni Demokrasi Kavramlarının Oluşturulması

Seçilmiş temsilcilerin iktidarına sınırlar getirilmiş olması ve bu sınırların denetiminin seçilmemiş makamlara ait bulunması nedeniyle, ya sistemin demokratik değil karma bir sistem olduğunun kabul edilmesi ya da demokrasinin tanımının gözden geçirilmesi zorunludur.

A. Kavramın İçeriği

Burada, hukuksal-siyasal akıl yürütmeye ilişkin güçlüklerin saf bir ürünü ile karşı karşıyayız. Hukuk devleti ideolojisinin savunucuları, önerdikleri sistemin, yalnızca demokrasiden

çoğunluğun tahakkümünü anladığımız takdirde, demokratik ilkeyle çeliştiğini beyan etmektedirler. Bununla birlikte, demokrasiyi buna indirgemek olanaksızdır, zira halkın iradesi halkın çoğunluğunun iradesi olmadığı gibi, parlamenter çoğunluğun iradesi hiç değildir. Halkın iradesini belirlemenin olanaksızlığı karşısında, bu iradenin hukuk devleti olarak da anılan belli bazı değer ve ilkelerde tezahür ettiğinin kabulü zorunludur.

Ancak, bu değerler ve ilkeler bütününe hukuk devleti olarak adlandırılabilmesi için, bunların az ya da çok gevşek bağlarla halkın iradesine bağlanabilmesi zorunludur. Örneğin, temel ilkelerin anayasada öngörüldüğü ve sonuç olarak bunları isteyen halk olduğu savunulabilir. Böylece, Bruce Ackerman'ın deyimiyle, ikili demokrasinin (démocratie duale) varlığından söz edebiliriz. Halk kimi zaman yasama işlevini yerine getiren temsilcileri seçmek suretiyle gündelik politika-ya katılacak; kimi zaman bir anayasa değişikliğini dayatmak suretiyle daha üst düzeyde kendisini ifade edecektir.² Klasik demokrasi, parlamento çoğunluğunun halkı temsil ettiği kurgusuna dayanır. Mahkemeler, bir yasayı anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmek suretiyle, bu kurguyu ortadan kaldırır ve anayasada yer aldığı biçimiyle halkın gerçek iradesini ortaya koyarlar. Şayet gerçek halk mahkemelerce yapılan yoruma katılmıyorsa; ya anayasa değişikliği yoluyla, ya da New Deal döneminde olduğu gibi başka yollarla Anayasa'yı değiştirir.

Fransa'da, Georges Vedel benzer bir görüşü savunmaktadır.³ Egemen halk, yani kurucu iktidar, yasaları tescil etmeyi reddeden eski yerel mahkemelerin (parlements) muhalefetini adalet divanını toplamak suretiyle kıran Fransa kralları gibi, anayasaya ve anayasa ile güvence altına alınan temel ilkelere aykırı bulunan bir yasayı anayasa hükmü olarak kabul etmek suretiyle, anayasa yargıcının kararını aşabilir. Dolayısıyla te-

² Ackerman, B. (1991), *We the People I.*, Cambridge, Mas., Harvard UP.

³ Vedel, (Georges) (1992), Schengen et Maastricht (à propos de la décision no 91-294 DC du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1991), ds. RFDA, p. 173; Le Monde, jeudi 1er juillet 1999, La Constitution est-elle devenue "ringarde" ?

mel ilkelere riayet, egemen halkın iradesine saygı anlamına gelecektir.

Bu ilkelerin anayasada öngörülmediği durumda bile, bunların, Marcel Gauchet'nin yazdığı gibi, "*ebedi halk*"ın (le peuple perpétuel) ya da "*aşkın halk*"ın (le peuple transcendant)⁵ iradesinin ifadesi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu iradeyi benimsetmek ve böylece "*halk iradesinin son sözü söylemesi gerektiğini ortaya koymak*" anayasa yargıcına düşer. Bazı hukuk sistemlerinde, mevcut halk anayasayı değiştirmek suretiyle aşkın halkın iradesine ilişkin kendi yorumunu benimsetmek olanağından yoksundur zira temel ilkelere temas eden belirli noktalarda anayasanın değiştirilmesi mümkün değildir.

Ancak, hukuk devletini temel ilkelerin bir bütünü olarak algılamak koşuluyla, aynı zamanda hukuk devleti olan bir demokrasi fikri, özellikle ve büyük ölçüde Avrupa yapılanması çerçevesinde geliştirilmiştir. Bu durumda, bu ilkeleri egemen halkın iradesine bağlamak kolay değildir. Bunların farklı devletlerin egemen halklarınca onaylanan uluslararası antlaşmalarda öngörüldüğü savunulabilirse de, sıklıkla altı çizilen husus, bu antlaşmalarda ifadesini bulan değerlerin ulusal anayasalardakilerle aynı olduğu; şu kadar ki, antlaşmalara uymanın anayasaya uymakla eşdeğer bulunduğu. Bu bağlamda, Luxembourg Mahkemesi'nin üye devletlerin ortak anayasal geleneklerine atıf yapan içtihadı anılmaktadır. Böylece Avrupa yapılanması -ve daha genel olarak uluslararası bir toplum inşası- hukuk devleti esasları ve temel hakların korunması üzerine kurulu bir ortak Avrupa hukukunun doğuşunu ortaya koymaktadır. Bundan böyle siyasal karara yer olmayacaktır; zira ulusaşırı bu ilkeler, bütünüyle yargısal, dolayısıyla tarafsız usuller izlenerek gerçekleştirilecektir.

B. Genişletilmiş Bir Kavrama Karşı

Kuşkusuz, özgürce tanım yapılabilir ve buraya kadar demokrasi adı altında ele alınandan son derece farklı bir siyasal

⁵ Gauchet, Marcel (1995), *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation, 1789-1799*, Paris, Gallimard.

sistem de bu adla adlandırılabilir. Bununla birlikte, bu farkın bilincinde olmak ve aynı şeyden söz edildiği kanısına kapılmamak gerekir.

Klasik demokrasi kavramı halkın egemen olduğu bir sisteme tekabül ederken; yeni kavram, egemen halkın iktidarını sıradan kuralların oluşturulması sırasında değil, yalnızca özel durumlarda kullandığı yahut halkın yalnızca ilk anayasanın kabulü veya Avrupa antlaşmalarının onaylanması sırasında egemen olduğu bir sistemi işaret etmektedir. Klasik anlamıyla demokrasi, monarşi ve aristokrasi ile birlikte, üç hükümet şeklinden birisi olup, iktidarın özgülleme biçimini gösterirken; genişletilmiş kavram, egemenliğin yerini hukuka bırakarak tamamen ortadan kalktığı ve siyasal iktidarın artık yalnızca temel ilkelere uygun olarak kullanılabileceği bir sosyal düzenleme biçimini öngördüğü iddiasındadır.

Klasik temsili demokrasinin bir isnat edilebilirlik ilkesi olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Gerçekten, buna göre, bütün kararların doğrudan ya da dolaylı olarak egemen halkın iradesine isnat edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, hukuk devleti olan demokraside bu isnat edilebilirlik ilkesine ciddi biçimde hanel gelmektedir, zira alınan kararlar temel ilkelerin uygulanmasından ibaret olup, bunların halka isnat edilmesi mümkün değildir. Temel ilkelerin halka isnat edilebilmesi ise ancak, her hukuksal-siyasal bağlama uyarlanması mümkün olmayan karmaşık yapılar aracılığıyla söz konusu olabilmektedir. Avrupa bağlamındaki durum budur.

Egemenin yalnızca olağanüstü durumlarda gerçekten ortaya çıktığı ya da tek egemenin aşkın halk olduğu veya demokrasinin ilkelerin egemenliğinden başka bir şey olmadığı belirtildiğinde hep bu sorunla karşılaşmaktadır. Ne anlaşmalar, ne de ikincil Avrupa hukuku bir egemenin iradesinin dışavurumu sayılabilir. Diğer yandan, ikincil hukukun onu oluşturan makamların iradesinin dışavurumu sayılması da mümkün değildir. Bu nedenle, yorum faaliyetinin de herhangi bir iradenin araştırılması olarak düşünülmesi olanaksızdır. Bunun içindir ki Avrupa metinleri nesnel olduğu söylenen

değerlere uygun olarak yorumlanmaktadır; bunun anlamı, Avrupa bütünleşmesinin kolaylaştırılması gereği, ekonomik büyüme ya da rekabet gibi bu değerlerin, her türlü siyasal iradeden bağımsız addedilmesidir. Kuşkusuz bunlar anlaşmalar da öngörülmüştür; ancak, insan haklarının ulusal anayasalar tarafından düzenlenerek pozitifleştirildikleri halde tabii haklar olarak değerlendirilmesi gibi, anlaşmalar da müzakerecilerin iradelerinin dışavurumu olarak değil, nesnel değerlere atıfla yorumlanmaktadır. Bu değerler, eşyanın tabiatına, dolayısıyla piyasalara ve içeriği adalet kuramı ya da ekonomik analiz yardımıyla anlaşılabilen olan esaslara içkin ilkeler olarak algılanmaktadır. Özetle yapılan, eski doğal hukuk öğretisinin güncellenmesidir.

Böylece demokrasi, yeni anlamıyla, değerlerin hakimiyeti ve siyasetin sonu olarak tanımlanacaktır. Ancak aslında, ilkelere hakimiyetinin siyasal iktidarın yokluğu anlamına geldiği düşüncesi, iki yanlış önkabule dayanmaktadır: Bu ilkelerin nesnel ve bilinebilir olduğu, bunlara uygun olarak alınacak kararların yine de halka isnat edilebilir bulunduğu.

İlkelere ilişkin olarak öncelikle altı çizilmesi gereken nokta, bunların yargıç tarafından benimsenmesi ve yorumlanmasının gerektiği ve yorum faaliyetinin de tercihler ve ideolojilere dayanan seçim ve kararları içerdiği. Bu ilkeler, anayasa metinlerinde veya haklar bildirgelerinde öngörülmüş olsa da, bu metinler muğlak ve belirsizdir; ayrıca, çok sayıda ilke, metinlerle hiç bağlantı kurulmaksızın ya da çok zayıf bir bağlantı kurularak yargıç tarafından "keşfedilmiştir".⁵ Kuşkusuz, yorum faaliyeti, yargısal akıl yürütmeye ilişkin zorunluluklardan kaynaklanmaktadır; ancak bu süreçte tercihler ve ideolojilere dayanan kararların yadsınamaz payı varlığını sürdürmektedir. Bunu özellikle, her yargılamada müzakerecinin oylama ile sonuçlandırılmasında görmek mümkündür.

Diğer yandan, ilkeler metinlerde öngörüldüğünde bile, bu metinler ülkeden ülkeye değişebilmekte, ulusal hukukla

⁵ Fransa'da Cumhuriyet yasalarıncı tanınmış temel ilkeler buna örnektir.

Avrupa hukuku arasında farklılıklar olabilmektedir. Yalnızca iki örnekle yetinecek olursak, Fransız anayasal ilkeleri arasında yer alan, kamu hizmeti veya tekel niteliği taşıyan işletmelerin millileştirilmesi ile laik devlet prensiplerinin ikisi de, Avrupa anlaşmalarında öngörülmemiştir. Ancak, metinlerin benzer ilkelere yer verdiği durumlarda bile, bunlar farklı bağlamlarda, farklı yargı yerleri tarafından uygulanmakta ve dolayısıyla farklı biçimlerde yorumlanmaktadır. Özellikle gözlemlenmesi gereken husus, tek bir ilkenin somut bir olaya uygulanmasının ender olduğudur. Daha çok, bir ya da daha fazla çelişik ilkenin aynı olaya uygulanması söz konusudur ve uygulama makamının rolü, bu ilkeleri tartarak, hangisine üstünlük tanıyacağını belirlemek ya da bunlar arasında bir uzlaşma sağlamaktır. Eşitlik ve özgürlük, özgürlük ve kamu düzeni ya da özgürlük ve laiklik ilkeleri arasında olan türden ihtilafların çözülmesi zorunludur. Bununla birlikte, bu konulardaki seçimlerin değer yargısı içerdiği açıktır; bunlar, geniş anlamda siyasal seçimlerdir. Dolayısıyla, genel yargısallaştırma hareketinin anlamı, asla kararın siyasal olanın etkisinden kurtulması olmayıp, yalnızca siyasal iktidarın geleneksel sahiplerinin elinden alınmasıdır. Bir başka deyişle, karar alma yetkisi, parlamentolardan ulusal ya da uluslararası yargı yerlerine geçmektedir.

İlkelerin egemen bir halka isnat edilebilirliği konusunda ise, bunun Ackerman, Gauchet ve Vedel'inkiler gibi kuramlar sayesinde, ulusal bağlamda mümkün olduğu söylenebilir; halkın ilkeleri istediği düşüncesi, yalnızca bir kurgu olsa da. Bununla birlikte, Avrupa hukuku söz konusu olduğunda bu asla mümkün değildir. Ulusal çerçevede, halk tarafından seçilenlerce alınan kararların halkın kararları olduğu; seçilmişlerin iktidarı ilkelerle sınırlandığında, bu ilkelerin de halk tarafından kabul edildiği ve halkın bunları anayasal düzeyde değiştirebileceği söylenebilir. Avrupa bağlamında ise, böyle bir yapıyı kavramak mümkün değildir, zira ulusüstü makamların kararlarının veya bu kararların bağlı olacağı ilkelerin kendisine isnat edilebileceği bir Avrupa halkından söz etmek kimsenin aklına gelmeyeceği gibi, bu karar ve ilkelerin ulusal halklara isnat edilmesi de düşünülemez. Anlaşmaları kabul edenlerin

ulusal halklar olduğu kabul edilse bile, bunlar, anlaşmalarda yer alan ya da Avrupa yargı organlarıncı benimsenen ilkelerin yorumunu, bu anlaşmaları Adalet Divanı'nın⁶ uluslararası bir muadili aracılığıyla değiştirmek suretiyle farklılaştırma olanağından yoksundurlar.

Buna karşın egemen halk adına konulmuş olmayan ve onun tarafından değiştirilemeyen bu ikincil hukuk, genel iradenin tezahürü olduğu kabul edilen ulusal yasalara ve hatta ulusal anayasalara da aykırı hükümler içerebilmektedir, zira bu hükümlerin ulusal anayasalara uygun olup olmadığını denetlemeye olanak tanıyacak bir usul mevcut değildir.

Sonuç olarak, hukuk devleti olan demokrasi, bir tür demokrasi değildir; aristokrasinin bir biçimidir.

Oturum Başkanı: Prof. Troper'ye bize demokrasi kavramının, hukukun üstünlüğü ya da hukukun egemenliği ve hukuk devleti kavramlarıyla olan bu ilişkisini sundukları için ve zamana tam uyduğu için çok teşekkür ediyoruz.

Daha evvel dikkatlerinize sunduğum çerçevede, esas söz sırası Göttingen Üniversitesi'nden Prof. Christian Starck'ta olması gerekiyordu; ancak rahatsızlığı nedeniyle burada bulunmadığından, -kendisine acil şifalar diliyoruz- anılan tebliğinin ana hatlarını değerli meslektaşısı Prof. Ulrich Karpen önce bize sunacak. Bu sunuşu tamamladıktan sonra Prof. Karpen, kendi tebliğine daha sonra geçecek.

Bu doğrultuda önce Prof. Christian Starck'ın göndermiş olduğu tebliğin ana hatlarını sunmaları için sözü Prof. Ulrich Karpen'e bırakıyorum.

⁶ Burada sözü edilen Adalet Divanı, yazarın yukarıda s. 19'da belirttiği, Eski Rejim döneminde Fransa Kralı huzurunda toplanan yargısal kurulu ifade etmektedir (ç.n.).

Prof. Dr. Christian STARCK (Göttingen Der Georg-August Üniversitesi):*

I. Fikrin Doğuşu ve Hayata Geçirilmesi

1. Demokratik anayasal devlet, Avrupa ve Amerika Birleşik Devletleri'nde son 200 yıl içerisinde tedricen gelişmiş ve farklı biçimlerde kendisini göstermiştir. Demokratik anayasal devlet, temeli Avrupa Tarihi ve Antik döneme dayanan önemli bir kültürel gelişim olarak kabul edilmelidir. Bu gelişim, bireylerin sorumlu ve bağımsız kabul edilmeleri fikrine dayanmaktadır.

2. Bireyin önemi, Avrupa kültürünün en önemli veçhelerinden birini oluşturmakta ve kişilerin Tanrıya karşı sorumluluğuna ilişkin dinsel kanaate dayanmaktadır. Söz konusu dinsel bireycilik, hümanizm çağı ve aydınlanma dönemlerindeki laiklik hareketlerinden de etkilenmiştir. Bu hareketler neticesinde, Avrupa tarihini ve Avrupa hukukunu kesin olarak etkileyen bireyin hukuki statüsü doğmuştur. Günlük hayatta bireyler, aile, kilise veya işyeri gibi sayısız destekleyici ve yönlendirici kuruma dahil olmuşlardır. Bugün, söz konusu kurumlar farklı görünümlere bürünmüş ve önemleri azalmış olmasına rağmen, varlıklarını halâ sürdürmektedirler.

3. Dünya tarihine ilişkin bir değerlendirme yapılırsa, bireye ve bireyi destekleyici kurumlara verilen önem, Avrupa'da despot hükümet biçimlerine karşı bir yönelimin gelişmesine de sebep olmuştur. Avrupa'da despot hükümetlerin varlığına rağmen, despotizm karşıtlığı devam etmiş ve sonuç itibariyle ifadesini karma anayasalar ve kuvvetler ayrılığında bulmuştur.¹ Kuvvetler ayrılığı, diğerlerini yönetme gücüne sahip olan bireylerin, söz konusu yetkilerini kötüye kullanabilecekleri ve dolayısıyla bunun denetlenmesi gerektiğine ilişkin antropo-

* Prof. Dr. Christian Starck'ın "Anayasal Demokrasi ve Sınırlı Yönetim" başlıklı tebliğini sempozyumda Prof. Dr. Ulrich Karpen sunmuştur. Çev.: Gülüm Bayraktaroğlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ Christian Starck, *Der demokratische Verfassungsstaat*, 1995, p. 11.

lojik² varsayıma dayanmaktadır. Bu sebeple, idare, yetkinin ancak sınırlı olarak kullanılacağı güvencesini vermek durumdadır.³ Bu bağlamda, sadece Montesquieu ile American Federalist' i referans gösterilebilir.⁴ Sınırlı yetkinin ilk örnekleri, Mutlakiyetçilik döneminde bazı Avrupa devletlerinde kendini göstermeye başlamıştır: monarşiden önce doğal hukukun ve uluslararası hukukun farklı hukuk sistemleri olarak mevcudiyetlerinin tanınması gibi.⁵

4. Her Avrupa ülkesi ortak felsefi geçmişi benimsemiş ve bunu anayasal kurumlara farklı biçimlerde dönüştürmüştür. İngiltere' de kanunların uygulanmasının en önemli güvencesi olarak kabul edilen "hukukun üstünlüğü" anlayışı, doğal hukuka dayanan mahkeme içtihatlarında ifadesini bulmaktadır. İngiltere' de monarşik mutlakiyetin üstesinden 17. yy' da gelinmiş ve bu bozgun "Parlamentodaki Kral" ın egemenliğine olanak tanımıştır. Bundan 100 yıl sonra ise Fransa' da halkın egemenliği ilân edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri' nde, halkın egemenliği (beyaz yerleşimciler anlamında), devletin kuruluşunun temelini teşkil etmekteydi: "Biz, Amerika Birleşik Devletleri halkı ... Amerika Birleşik Devletleri Anayasası' nı düzenlemekte ve oluşturmaktayız". Almanya' da anayasal monarşiler hukuka dayanan bir devlet modeli geliştirdiler. Halkın egemenliği ise 1. Dünya Savaşı sonunda yerleşti.

5. Anayasal devlet, her ülkede farklı şekilde gelişmiş olmasına rağmen, temelinde ortak bir fikir yatmaktadır. Sonuç itibariyle, kişisel bağımsızlık önem kazanmış ve iki hukukî prensip ile korunmuştur: kuvvetler ayrılığı ve hukukun üstünlüğü. Bu iki prensip 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları' na İlişkin Fransız Bildirgesi' nin 16. maddesinde her anayasanın zorunlu bir unsuru olarak tanımlanmıştır. Anayasal devletler bu prensiplerin korunması amacıyla, kısmen daha önceki

² Christian Starck, *Freiheit und Institutionen*, 2002, p. 37.

³ Christian Wolff, *Ius Naturae methodo scientifica pertractatum*, 1764, lib VIII, cap. 1, §73: imperium semper limitatum

⁴ James Madison (No. 51) and Alexander Hamilton (No. 9).

⁵ Christoph Link, *Herrschaftsordnung und bürgerliche Freiheit*, 1979, p. 89.

sınırlı hükümete ilişkin tecrübeler ve "*imperium limitatum*"a ilişkin teorilere dayanmak suretiyle önemli hukuki metod ve teknikler geliştirmişlerdir.⁶ Söz konusu metod ve teknikler şu şekilde özetlenebilir.

6. Kuvvetler ayrılığı, yüksek idari otoriteler, bunların oluşumu, yetkileri, görevleri ve çalışma usûllerine ilişkin anayasal kuralların varlığını gerektirmektedir. Anayasacılık teorisine göre, söz konusu anayasal kurallar hem bir denetleme sistemi, hem de bağımsız mahkemelerin varlığını gerektiren birey özgürlüğünün etkin korunmasını sağlamalıdır. Öte yandan, kamu otoritesinin bölünmesi, sınırlanması ve denetlenmesine yönelik olarak getirilecek sınırlamaların, devletin iç ve dış barışı sağlamak ve sosyal farklılıkları dengelemek gibi aslî görevlerini yerine getirmesine engel oluşturacak ölçüye ulaşmasına izin verilmemelidir.

7. Bundan başka, kamu otoritesi kamu hürriyetleri ilişkin anayasal garantiler ile de sınırlandırılmıştır. Yurttaş hakları, yurttaşların ve insan hakkı olarak bireylerin devlet müdahalesinden korunmasına yönelik haklardır.⁷ Belli yurttaş hakları, yasal bir düzenlemeye konu olmuş veya mahkeme içtihadı ile gelişmiştir. Kişisel özgürlük ile kamusal menfaatlerin uyumlu olabilmesi ve iç barışın sağlanabilmesi için, yurttaş haklarının sınırlandırılabilir olması gerekir. Genellikle, kamu hürriyetleri, söz konusu haklara ilişkin anayasal sınırları belirleyen veya devletin kamu güvenliğini sağlama amacını ortaya koyan yasalar ile sınırlandırılmaktadır. Yasama bu hakların tek korucuyusu olarak kabul edildiği sürece, bağımsız mahkemelerin hukukun doğru ve eşit bir şekilde uygulanmasını temin etmek için idareyi denetlemesi yeterli olmuştur.

8. Hakların anayasal garantisi kendi içinde bir mantığa dayanmaktadır. Bu mantık pek çok yerde, kurallar karşısında dahi bu hakların korunmasına neden olmuştur. Bu durum, ilk olarak 1803 tarihinde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nce belir-

⁶ Bkz. dipnot 3.

⁷ Starck (note 1), p. 143.

tilen anayasanın üstünlüğü prensibine dayanmaktadır.⁸ Kuralların anayasaya uygunluğunun denetlenmesi, ancak daha geç dönemlerde gerçekleşebilmiş ve her Avrupalı devlette aynı şekilde kabul edilmemiştir. Mahkemeler, bir düzenlemenin kamu hürriyetlerini ihlal edip etmediğini ve dolayısıyla anayasaya uygun olup olmadığını veya bir düzenlemenin anayasadan kaynaklanan bir hakkı doğru sınırlandırıp sınırlandırmadığını tespit ederken, çeşitli hukuki yöntemler kullanmaktadırlar. Bu anlamda mahkemeler, söz konusu düzenlemenin diğerlerinin haklarını veya kamu menfaatini etkin olarak koruyup korumadığını;⁹ ya da, Amerikan Yüksek Mahkemesinin ifadesiyle hukukun açık ve mevcut bir tehlikeye tepki verip vermediğini dikkate almaktadır. Yasama organı ve yasama organının düşüncesi tarafından oluşturulan gerçekler de mahkemenin kararı ile ilgili diğer unsurlardır. Bununla birlikte, mahkemeler yasama organının takdir yetkisine saygı göstermelidir; çünkü, bu takdir yetkisi, parlamentonun ve anayasa mahkemesinin farklı görev ve yetkilerinden kaynaklanmakta ve bu otoritelerin teşkilatına ve yöntemlerine ilişkin hükümlerde ifadesini bulmaktadır.¹⁰

9. Kuvvetler ayrılığı ve hakların güvence altına alınması, anayasal devletin temel özelliklerindedir. Bu özellikler anayasal devletlerde ayrıca ve açıkça belirtilmiş olup vatandaşları hukuka aykırı devlet müdahalelerinden korumaktadırlar. Hakların korunması fikrinin ve boyutunun tanımlanması için, devletlerin diğer amaçlarının da dikkate alınması gerekmektedir. İç barışın sağlanması ve sosyal farklılıkların önlenmesi devletin önemli amaçları arasında yer alır.¹¹ Anayasal devlette, hakları garanti altına alan ve özgürlüğün korunması için kuvvetler ayrılığını sağlayan belli hukuki araçlar kabul edilmektedir. Devletin diğer amaçları açıkça hukuki araçlarda yer almasalar

⁸ *Marbury vs. Madison*, 2 Law Ed. U.S. 60, 73 (1803).

⁹ Christian Starck, *La constitution cadre et mesure du droit*, 1994, p. 90.

¹⁰ Christian Starck, *Gewaltenteilung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: Christian Starck (ed.), *Fortschritte der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Welt- Part 1*, 2004, p. 117.

¹¹ Starck (note 1), p. 231, p. 235.

da, anayasanın varlığını temsil eder ve devleti meşrulaştırırlar. Bu tür amaçlar, sistematik olmamakla birlikte, örneğin anayasanın dibacesinde, anayasal prensiplere ilişkin düzenlemelerde, yurttaş haklarının anayasal sınırları içerisinde veya devlet teşkilatına ilişkin temel yasalarda yer alabilmektedir.

II. Zafer

1. Avrupa'da Sosyalist Rejimlerin ve Diktatörlüklerin Sona Ermesi

10. Günümüzde, demokratik anayasal devlet bir zafer kazanmıştır. Bu zafer, dünya tarihinde önemli bir dönüm noktası oluşturan sosyalist rejimlerin 1990'da sona erişinin bir sonucudur. Sosyalist devletin temelini, bireysel bağımsızlık korunmaksızın ve bu konuda bağlayıcı kurallar getirilmeksizin bireylerin mutluluğu oluşturmaktadır. Sosyalist devlet teorisi Marx ve Lenin'in fikirlerine dayandırılmıştır. Söz konusu teori, demokratik anayasal devlet fikri ile en az üç noktada çelişmektedir:

- Demokrasi reddedilmiş, insanlar için diktatörlük kabul edilmiştir. Önce insanlar eğitilmelidir, dolayısıyla bağımsız seçimler veya çok partililik kabul edilemez.

- Kuvvetler ayrılığı ve anayasanın üstünlüğü reddedilmeli, ancak diktatör gücün egemenliği kabul edilmelidir.

- Kişisel özgürlük garanti altına alınmamıştır. Özgürlük, sadece egemen gücün çizdiği sınırlar içinde kabul edilmiştir.

11. Sosyalist devletin çöküşü, Sovyetler Birliği'ndeki gelişmelerden kaynaklanan geçici bir politik ve ekonomik güçsüzlük değildi. Bu çöküşün asıl sebebi, sosyalist devletin bağımsızlığı yani insanın hayatın her alanında özgür ve sorumlu bir şekilde davranabilmesi imkânını göz ardı etmiş olmasıdır. İnsanlar, çoğulculuğu reddeden ve doğrunun tek kaynağı olduğunu iddia eden diktatör güç tarafından eziyet ve işkence görmüş ve kontrole maruz bırakılmıştır. Siyasi eleştiri, sistem üzerinde nötralize edici ve düzenleyici etki doğurabilecekken,

buna çok zor izin verilmiş ve eleştiri yapanlar baskıya maruz kalarak vatandaşlıktan mahrum edilme riski ile karşı karşıya kalmışlardır. Doğu Avrupa'da sosyalizmin sona ermesi batı Avrupa'da dahi "hukukun egemenliği"nin yeniden keşfedilmesine sebep olmuştur.

12. Doğu Avrupa'da sosyalizmin çöküşüne önderlik eden dönem, Yunanistan, Portekiz ve İspanya'da otoriter diktatörlüklerin 1970'lerde demokratik anayasal devletlere dönüşmesidir.

2. Avrupa Birliği'nin Temeli Olarak Üye Devletlerde Mevcut Ortak Hukuki Prensipler

13. Bugünkü anayasal devlet anlayışı da kaynağını Avrupa'da bulmaktadır. Merkezi Avrupa'da önceleri sosyalist düzeni benimsemiş olan devletler, Avrupa Topluluğu üyeliği için gereken standartları yakalamak bakımından önemli adımlar atmışlardır. 1980'lerde Yunanistan, Portekiz ve İspanya, anayasal devlet yapısını benimsemelerini takiben Avrupa Topluluğu'na katılmışlardır. Bugüne kadar görünen o ki, demokratik ve anayasal devlet yapıları, ekonomik gelişmeyle birlikte çevrenin korunmasına en çok olanak sağlayan yapılardır. Bu yapılar, politikaların yeni fikirler, gelişmeler ve buluşlarla başatmesine de imkan tanımaktadır.

14. Avrupa Birliği üye devletlerce benimsenmiş bir takım ortak ilkelerin varlığına dayalı olarak kurulabilmiştir. Birlik hukuku, bu genel prensiplerin üzerinde gelişmiştir. Her üye devlette farklı kurumsal yapılar mevcut olmasına karşın, Avrupa Birliği, pragmatik bir yaklaşım ile anayasal devlete ilişkin ortak kurallar yaratabilmiştir. Üye devletler arasındaki farklılıklara rağmen, yargısal ve anayasal sistemler bağlantılı olduğundan etkili işbirliği de mümkün olmuştur.

15. Avrupa Birliği'nin gelişimine ilişkin olarak, üyelik için gerekli koşulların anayasacılık fikrini takip ettiği söylenebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, devletlerin demokratik ve anayasal teşkilatlanması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, üye

Devletler, anayasal yapıları için savaşmış ve onu geliştirmiş milletleri temsil etmektedir. Bu yapının en önemli unsurlarından bir tanesi de, ifadesini genel ve eşit seçimlerde bulan kamu otoritesinin demokratik yapısıdır.¹² Dolayısıyla, bu tür bir yapıyı oluşturmuş devletler, Avrupa Birliği bakımından vazgeçilmez niteliktedir. Üye devletleri ve onların mevcut esaslı yetkilerini dikkate almayan bir Avrupa Birliği, ancak demokratik ve anayasal Avrupa geleneğine aykırı merkezî bir süper devlete dönüşebilir.

III. İç Tehditler

16. Demokratik anayasal devlet, Avrupa Birliği'nin merkezîyetçi anlayışından gelen tehlikelerin yanı sıra, bazı iç tehditlere de maruz kalmaktadır.

17. Batılı toplumlar, demokratik anayasal devletin varlığını doğal karşılayarak, onu artık önemli bir gelişme olarak takdir etmedikleri gibi, korumaya değer de görmemektedirler. Genellikle, demokratik anayasal devletin kontrol mekanizmaları etkin olarak çalışmaktadır. Yapısı, devletin yolsuzlukla mücadele etmesine ve yeniliklerle baş edebilmesine imkan tanımaktadır. Tartışmalı olmakla beraber, çevrenin korunması bu etkili kontrol mekanizmalarının bir sonucu olarak kabul edilmektedir.

18. Anayasal ve demokratik kurumlar arasındaki denge ve bunlara ilişkin kontrol mekanizmaları çoğunlukla yanlış değerlendirilmektedir. Sorumlulukların dağıtılmasına ilişkin düzenlemeler ile yapısal hukuk ile usûl hukukunun dikkate değer görülmemesi siyasal kültür bakımından bir dezavantajdır. Fakat, özgürlükler ve bunların sınırına ilişkin olarak dahi yanlış anlamalar ve bilgisizlik mevcuttur. Yurttaş haklarına yönelik devlet müdahaleleri, diğerlerinin güvenliğinin korunması amacını taşımaktadır. Söz konusu müdahaleler genellikle kendileri güvencede olan taraflarca liberal olmamaları gerekçesi ile eleştirilmektedir.

¹² Starck (note 2), p. 285.

19. Refah devleti mecburiyeti, sosyal dengeyi gerekli kılan, devleti meşrulaştıran ve yaşamaya yön veren önemli bir anayasal prensiptir.¹³ Sosyal denge sadece geniş sosyal sigorta sistemleri ve doğrudan devlet ödemeleri ile gerçekleşmez. Günümüzde, hemen her hukukun sosyal bir veçhesi mevcuttur. Bütün bunların varlık nedeni ise, demokratik anayasal devlettir. Demokratik anayasal devlet, sadece gerekli bir hukuk sistemi kurmakla kalmaz, aynı zamanda, anayasal düzeyde bireysel ekonomik hakları koruyarak sosyal dengenin ekonomik temelini oluşturur.

20. Refah devletinin gelişmesi, demokratik anayasal devlet bakımından bir tehdit oluşturmaktadır. Sosyal refahın maliyeti, şimdiden ulusal bütçelerin en büyük kısmını oluşturmaktadır. Bu tür harcamalara ilişkin artış, işgücü maliyetini de artıracak ve sonuç olarak, vergi ve sosyal yardımlar da artacaktır. Nihayet, sosyal harcamalardaki artış, refah devletinin ekonomik temelini zarara uğratacaktır. Bunun yanı sıra, devlet daha çok sosyal menfaat sağladığı ölçüde, bu menfaatlerin temin edilebilmesi için gerekli hukuki şartların yerine getirilip getirilmediğine ilişkin idari kontroller daha da önemli hale gelecektir. Aksi takdirde, sosyal sigorta sistemleri kolaylıkla suistimal edilebilir. İdari kontroller zaman zaman gizliliğin hukuka aykırı olarak ihlali olarak görülüp eleştirilmektedir. Söz konusu eleştirilerin sebebi, demokratik anayasal devletteki sosyal denge sisteminin barındırdığı özgün yapının yanlış değerlendirilmesidir. Ayrıca, refah devleti, sorumluluğunun bilincinde olan ve bu sorumluluk uyarınca davranan, aynı zamanda sosyal menfaatler için ekonomik bir temel yaratma arzusunda olan vatandaşların varlığını gerektirmektedir. Vatandaşlar, bireysel farkındalıkları ile sosyal yükümlülüklerini dengede tutmak durumundadır.

21. Bundan ötürü, sosyal denge için gerekli olan ekonomik şartlar ihmal edildiğinde veya sosyal menfaatler âdil olarak dağıtılmadığında veya vatandaşların kişisel sorumlulukları

¹³ Starck (note 1), p. 265.

kaybolduğunda, demokratik anayasal devlet, risk altına girmiş olur.¹⁴

22. Demokratik anayasal devlet, onun kişisel bağımsızlığı koruma işlevi ile, sosyal vaadleri ve gerekli hukuki ve ekonomik koşulları ile doğal karşılandığında bile, daha iyi ve daha modern bir toplum için bir istek ortaya çıkabilecektir. Ancak bu "iyi" amaç, demokratik anayasal devletinkilerden farklı ve demokratik anayasal devleti tehdit eden yeni yöntemler oluşturulması için kullanılmaktadır. Söz konusu iç tehditlerin önlenmesinde, hiç kuşkusuz, erken yaşlarda okulda verilen siyasi eğitimin önemi büyüktür.

23. Alman Anayasası'ndaki değişiklikler ile Doğu Almanya'daki yeni federe anayasalara ilişkin tartışmalar, kamuoyunun ve kitle iletişim araçlarının, daha çok sosyal haklar veya diğer sosyal menfaatler gibi popüler konulara ilgi gösterdiklerini açıkça gözler önüne sermiştir. Söz konusu tartışmalara katılan parlamenterler ve danışmanları arasında dahi, bu sosyal değişikliklerin parlamento ile hükümet arasındaki ilişkiyi nasıl etkileyeceğini bilmeyenler bulunmaktaydı. Bu sebeple, sosyal içerikli veya çevreye ilişkin davalarda devletin amaçlarının mahkeme kararlarını yönlendirmesi gerektiği dahi önerilmişti. Ancak, bu durum, demokratik bir anayasal devlette, siyasi ve yargısal organlar arasında bulunan ve istendiği zaman müdahale edilemeyecek olan hassas dengeyi etkileyebilecektir.

24. Demokratik anayasal devletin kurumları arasındaki işbirliği, kamusal ve özel menfaatler arasındaki uyuma ilişkin sınırlar ve kişisel sorumluluk çerçevesinde yaratılan sosyal denge ile belli bir özgürlük getirmektedir. Bu net ve açık anlayış, anayasal devlet kurumlarının anlaşılmasının ve bunlara ilişkin anayasal düzenlemelerin yorumlanmasının temelini teşkil etmektedir. Hukuk metodolojisi, anayasal düzenlemelerin yorumlanmasında yardımcı olmaktadır. Hukuk metodolojisi felsefi bir disiplinden ibaret olmayıp, anayasal demokratik bir devlette çalışan her hukukçu bakımından temel bir araç niteliğindedir.

¹⁴ Starck (note 1), p. 286.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN (Hamburg Üniversitesi): *

I. Özgür Demokratik Düzenin İlkeleri

1. Toplumsal İlkeler

Anayasa, bir halkın nasıl yaşamak istediği konusunda verdiği en temel karardır. Yazılı olsun veya olmasın, her halkın, siyasi yaşamını yönlendiren bir takım temel kuralları mevcuttur. Anayasa, sivil toplumun toplumsal, ekonomik ve kültürel alanlardaki yansımaları ile siyasetin çerçeve yasaıdır. Kısaca "özgür demokratik düzenler" olarak adlandırılan "Batılı Anayasal Devletler" in anayasaları -ki, tüm Avrupa Devletleri'nin, ABD ve Kanada'nın Anayasaları ile, 13 Haziran ve 10 Temmuz 2004 tarihli Taslak Avrupa Birliği Anayasal Antlaşması bu gruba dahildir- üç temel toplumsal ilkeye dayanmaktadır: Birey üstünlüğü (personality), dayanışma (solidarity) ve yetki ikâmesi (subsidiarity).¹ "Birey üstünlüğü", insanoğlunun ve onun saygınlığının, toplumun ve idarenin en başta gelen, seçkin ve ihlâl edilemez değeri olduğunu ifade etmektedir. "Dayanışma", sosyal devletin egemen dayanak noktasına vurgu yapmasının yanı sıra, bireysel hakların her durumda sınırsız olmadığına işaret eder. "Yetki ikâmesi", "tabandan tavana" uzanan bir toplum yapısı için verilen en temel karardır. Buna göre, toplumsal bir ihtiyacın ortaya çıktığı durumlarda, bu ihtiyacın karşılanması için gereken adımları atma yükümlülüğü, tercihen daha alt düzeylerde bulunan organlara ait olmalı ve bu sorumluluk, daha yukarılara –örneğin; aileye, yerel topluluklara, bölgesel düzeye veya devlet düzeyine – ancak söz konusu görevin layı-

* "Sınırlı İktidar, Hukuk Devleti" başlıklı tebliğ. Çev: A. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.
¹ Orijinal ismi "subsidiarity" olan bu ilke karşılığında, çeşitli kaynaklarda "ikincillik", "ikincillik ilkesi", "yetki devri" gibi karşılıklar önerilmektedir. Biz, ilk ikisinin kelime anlamı itibarıyla farklı çağrışımlar yapması ve üçüncü önerinin de, Avrupa Birliği'nin bir başka ilkesi olan "yetkilendirme ilkesi" ile karıştırılma tehlikesi karşısında, "yetki ikâmesi" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Bu kavram hakkında aynı karşılığı kullanan bir kaynak için bkz., *Avrupa Birliği Temel Terimler Sözlüğü* (İngilizce-Türkçe), Avrupa Birliği Genel Sekreterliği Yayını, Ankara 2003, s. 80. (ç.n.)

kıyla yerine getirilebilmesi açısından kaçınılmaz olduğu ölçüde tırmanmalıdır. Son olarak, yetki ikâmesinin *"birey üstünlüğü"* nün bir ögesi olarak da anlaşılması mümkündür. Zira birey; toplulukların, yerel yönetimlerin ve ulusun merkezidir. Devlet ve hükümet, insanların iyiliği için vardır; insanlar devletin arzu ve amaçları için değil.

2. Özgür Demokratik Düzen

Toplumda yaşayan tüm diğer bireylerin sahip olduğu eşit hak ve yükümlülüklerle saygı göstermek kaydıyla, her bir bireyin sorumluluk alanının ve *"bir şeyi yapma veya yapmama özgürlüğü"* nün sınırsız olmasına karşılık; özgür ve demokratik bir devletteki tüm kamusal iktidarın halktan kaynaklanmasının ve — anayasanın öngördüğü üzere — esas olarak sınırlı olmasının sebebi, burada yatmaktadır. Anayasal terimlerle ifade edecek olursak; yukarıda değinilen bu değerlerle bezenmiş olan bir devlet, bir yanda insan ve vatandaşlık hakları, diğer yanda ise erkler ayrılığı ilkesi tarafından korunan özgürlük prensibi ile, demokrasi ve sosyal devlet prensipleri üzerine inşa edilir. Demokrasi, bireylerin ortak yararın gerçekleştirilmesine özgür ve aktif katılımını temin eder. İnsan hakları, prensip olarak, bireyi *"kadir-i mutlak"* devlet gücünün keyfi müdahalelerine karşı koruyan *"devlet karşıtı – birey yanlısı"* haklardır. Erkler ayrılığı ilkesi, gücün her türlü tekelleşmesine karşı geliştirilmiş bir dizi anayasal aracı ifade etmektedir. İktidar, tehlikeli olma eğilimindedir; o yüzden en iyisi, iktidarın kullanımını pek çok *"ortak"* arasında bölüştürmektir. Devlette ve devlet organlarında yer alan tüm topluluklar, her vatandaş için asgarî bir yaşam standardını sağlama yükümlülüğü altında olup; genel olarak her bir bireyin de, insan haklarının sosyal devlet yorumu çerçevesinde, devlet tarafından sağlanan bu destekten faydalanma konusunda anayasal bir talep hakkı bulunmaktadır.

3. Sivil Toplum ve Devlet

Toplumsal ilkeler ve bireylerin anayasal korunması düşüncesini; devlet ve hükümetin bir tarafta, özgür ve ba-

ğimsız bireylerden oluşan sivil toplumun ise ayrı bir tarafta algılanması fikri takip eder. Toplumsal refaha ulaşmak adına üstlenilmesi gereken tüm görevler, devletin sorumluluğunda değildir. Barındırdığı kabiliyetlerin çeşitliliği ve kendisini oluşturan bireylerin taşıdığı nitelikler sayesinde işleyen sivil toplum da, gücü oranında bu görevlerin bir kısmını üstlenebilir ve üstlenmelidir de. Devlet ve toplum birbirinden farklıdır; devlet, toplumun bir aracıdır. *"Eğer devlet ve toplum özdeş hale gelirse, özgürlüğün ışıkları söner"* (Ossenbühl). Anayasanın temel unsurları olarak insan hakları ve erkler ayrılığı; sivil toplumu ve onun unsurlarını, yani bireyleri, iktidarın (hasmane bir biçimde) ele geçirilmesine karşı korumaktadır. *"Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution"*.²

4. Sınırlı İktidar

Bütün bu nedenlerden ötürü, devletin yükümlülüklerinin de bir sınırı vardır. Son zamanlarda, pek çok durumda sosyal devlete aşırı yüklenildiği – ve kendisinin de, seçmenlerin gözündeki itibarını yükselten bu gelişmeyi memnuniyetle karşıladığı – doğrudur. Ama en sonunda devlet de malî kaynaklarının sonuna gelmiş bulunmaktadır. Bugünlerde, devleti *"diyete sokmak"* ve onu tekrar *"ince bir görünüme"* kavuşturmak yönünde bir eğilimin de ortaya çıktığı görülmektedir. Ortak yararın gerçekleştirilmesine yönelik pek çok faaliyet alanında, devlete sadece yönlendirici ve denetleyici bir araç olarak ihtiyaç duyulmaktadır; doğrudan işlev gören bir araç olarak değil. Bu tespit, ortak yararın gerçekleştirilmesine hizmet eden ekonomik ve kültürel etkinlik alanları söz konusu olduğunda, daha da doğru bir hale gelmektedir. Yatırımlar, ticaret, küçük ve orta boy işletmeler ile büyük işletmeler, devletin sorumlulukları arasında değildir. Piyasadaki rekabet koşullarına zarar vermek için, iktisadî işletmelere ve bunların alt dallarına yapılan nakdî yardımlar azaltılmalı veya bunlardan tümüyle vazgeçil-

² 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, m. 16: "Hukuka uygunluğun garanti altına alınmadığı ve güçler ayrılığı ilkesinin bulunmadığı bir toplumda, anayasa yoktur." (ç.n.)

melidir. Özel okullar ve özel üniversitelerin, çoğunlukla devlet okullarından daha başarılı oldukları bilinmektedir. Elbette ki; yollar, demiryolları, elektrik hizmetleri, temiz su şebekesi ve çöplerin toplanması gibi alt yapı çalışmalarının, nitelik ve nicelik açısından devletçe plânlanması ve garanti altına alınması şarttır; ancak bunların, özel sektör tarafından da yürütülmesi pekâla mümkündür. Zaten bu gerçeğin etkisiyledir ki, bankacılık, hava yolları, telekomünikasyon ve daha pek çok sektörün özelleştirilmesi, devletlerin gündeminin ilk sıralarında yer almaktadır. Bu durumlarda ise devletlerin elinde kalan tek şey; çoğunlukla oluşumları açısından hükümetten bağımsız olan ve belli bir alanda faaliyet gösteren işletmelerin lisans işlemlerini yaparak, bu işletmelerin uymakla yükümlü oldukları standartları belirleyen ve bunları denetleyen “düzenleyici kurullar”dır. Bununla birlikte, dış ilişkiler, savunma, adalet, vergilendirme, bütçe, içişleri, eğitim standartlarının belirlenmesi, bilim ve ar-ge çalışmaları gibi devlet faaliyetlerinin özünü oluşturan alanlar, halâ devletin sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir. Para değerinin kontrolü ise, hükümetin değil ama, daha ziyade bağımsız bir merkez bankasının görevidir. Aynı kural, adil piyasa koşullarının ve rekabet ortamının izlenmesi ve sürdürülmesi açısından da geçerlidir. Bu noktada ihtiyaç duyulan şey, bağımsız bir anti-tröst mevzuatı ve bunu yürütmekle görevli bir organdır. Doğrudan doğruya sorumluluk aldığı alanlarda olsun, gözetim ve denetleme işlevini sürdürdüğü alanlarda olsun, devletin tüm faaliyetleri açısından güvenilir bilgilerin varlığı esastır. Dolayısıyla, istatistikler için sağlam ve güvenilir verilerin toplanması ve işlenmesi – elbette ki yasal güvence altında – kaçınılmaz bir gerekliliktir.

II. Sivil Toplumun Gelişimi

5. Ulus ve Sivil Toplum

Devlet ve hükümet, anayasanın etrafında bir ulus olarak birleşmiş bulunan halkı temsil etmektedir. Fakat diğer taraftan, halkın bir diğer görünümü de; grupların, siyasî görüşlerin, inançların, etnik grupların ve çalışma yaşamındaki birlikteliklerin çoğulculuğuyla temsil edilen sivil toplumdur. Bir kez daha

vurgulamak istiyorum; sivil toplum, devlet ve hükümetten ayrı olarak ele alınmalıdır. *"Devlet ve sivil toplum arasındaki ayrım, insan özgürlüklerinin vazgeçilmez bir ön şartıdır"* (Karpen).

6. Sivil Toplum ve İnsan Hakları

Bir sivil toplumdaki bireylerin ve grupların özgürlüklerini idarenin hukuka aykırı müdahalelerine karşı koruya şey, tüm liberal anayasaların hayati bir parçasını oluşturan insan haklarıdır. İnsan hakları ve temel özgürlükler, insanları bireyler ve gruplar halinde korumaktadır. Bireylerin özgürlüklerinin – yaşam, meslek ve mülkiyet gibi – ayrıntılı olarak sayılmasına gerek yoktur. Buna karşın, örgütlenme özgürlüğünün, çoğulculuğun sağlanması açısından hayati bir rol oynadığının altı özenle çizilmelidir. Yalnızca tek bir *"doğru"* düşünme ve yaşam biçimi, tek bir *"doğru"* siyasi görüş, tek bir mutlak din olmadığına göre; anayasanın, topluma dernekler, çeşitli ortaklıklar, etnik gruplar (azınlıklar ve çoğunluklar), sendikalar, siyasi işbirlikleri, dinsel örgütlenmeler ve Kilise gibi biçimler altında birlikte hareket etmesi için yeterli alanı sağlaması gerekir. Devlet ve ulus, halkı bir *"birlik"* içinde temsil ederken; sivil toplum ise aynı halkı, insanlığın renkli, canlı ve rekabetçi farklılıkları içinde temsil eder. Zira her şey bir yana, unutmamak gerekir ki; tüm insanlar birbirinden farklıdır.

7. Sivil Toplum ve Grup Hakları

Her ülkenin toplumsal şartlarının ve grup inşasına hakim olan süreçlerinin özü itibarıyla birbirinden farklı olmasından dolayıdır ki, toplumsal çoğulculuğun daha yakından bir analizi, grup inşasının ve grup davranışlarının ülkeden ülkeye değişen farklı katmanlarının, güçlü ve zayıf noktalarının olduğunu ortaya koyacaktır. Özgür ve demokratik anayasal ilkelere dayanan anayasalar etrafında örgütlenmiş olan tüm toplumlarda, temel bir takım *"grup özgürlüğü demetleri"* nin güçlü bir biçimde öne çıktığı görülmektedir. Bu bağlamda, her şeyden önce siyasi parti kurma özgürlüğüne ve herkesin eşit şansa sahip olarak katıldığı, serbest ve adil yarışma

kuralları çerçevesinde düzenlenen seçimlere ve “siyasî görüşler piyasası”na değinmek gerekir.

Bu unsura ek olarak, din ve devlet işlerinin de birbirinden ayrılmış olması lazımdır. Bu, devletin insanlara herhangi bir dini dayatmaması, herhangi bir dine diğerleri karşısında üstünlük tanımaması ve – anayasanın “koruyucu” niteliğinden kaynaklanan birkaç küçük istisna dışında – dinî gruplara müdahale etmemesi unsurlarını içerir. Hoşgörü, muhtemelen çoğulculuğu mümkün kılan şeylerin en başta gelenidir. Elbette ki bunun tersi de doğrudur: hiçbir din, siyasetteki ve devlet yönetimindeki “doğru yol”un ne olduğunu bildiğini iddia edemez. Takip edilecek siyasî yön, ancak ve ancak parlamentoda ve rakip görüşlerin çatışmasından doğan sonuçlara göre tayin edilir.

Bu başlık altında değinilmesi gereken üçüncü bir husus da; ekonomik politikaların, esas olarak özgür bir devletteki üretim sürecine katılan aktörlerce – sendikalar ve işveren örgütleri gibi – belirlenmesidir. Söz konusu aktörler, bu ekonomik işlevlerini; çalışma koşulları, ücretler ve işçilerin yönetimde temsili gibi konularda kısmen uzlaşmacı, kısmen de çatışmacı bir biçimde yürüttükleri pazarlıklar aracılığıyla sürdürürler. Burada da aynı prensip geçerlidir: “adil fiyat”ın ve “adil ücret”in ne olacağını hükümet dahil hiç kimse bilemeyeceği için, belli bir dönemde geçerli olacak standartlar hakkında karar verme yükümlülüğü, söz konusu alanda faaliyet gösteren aktörlerin kendilerine aittir; elbette ki dürüstlük ve eşitlik prensiplerinin yol göstericiliğinde. Bunlar, aynı zamanda Uluslararası Çalışma Örgütü’nün de (ILO) ilkeleridir.

Son olarak, eğitim, bilim ve araştırma alanlarında çalışan kurumların, çalışma alanlarıyla ilgili olarak kayda değer bir özerkliğe sahip olmaları gerektiğinin de belirtilmesi lazımdır. Zira gerçeğe ulaşmanın yönteminin ne olduğunu bilen de, uygulayan da, bilimin ta kendisidir.

8. Sivil Toplum ve Bireysel Haklar

Kabul etmek gerekir ki, “*sivil toplum*” terimi, bir ölçüye kadar soyut ve belirsiz bir terimdir; bunun taşıyıcısı olan asıl unsur; gruplar, partiler ve sendikalar gibi örgütlerde yer alan bireylerdir. Böyle olunca da, “*yaşayan*” bir çoğulcu toplumu inşa eden asıl şey; bir bireysel haklar kataloğu olmaktadır. Bu kapsamda öncelikle vurgulanması gereken hususlar; düşünce ve konuşma özgürlükleridir. Bu özgürlüklerin gerektiği gibi koruma altına alınmadığı bir ortamda, ne siyasi yaşamın, ne de çoğulcu toplum yapısının ortak refah doğrultusunda verimli bir biçimde çalışması beklenemez. Bu haklar, anayasanın çizdiği çerçeve içinde özgürce kullanılan toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma haklarıyla desteklenir. Modern devletlerde, kamuoyu oluşturmayı ve kamuoyunun görüşlerini yansıtmayı mümkün kılan basın ve yayın özgürlüklerinin de, dikkatli bir biçimde dengelenmiş, özel bir insan hakları korumasına ihtiyacı vardır. Özellikle üyelerinin kültürel aktiviteleri bakımından, azınlıkların korunması konusunun da öyle. Tüm ülkede özgürce hareket ve göç etme hakları da, azınlık haklarının özel destekleyicileridir. Bunun dışında, kadın ve erkeğin de eşit haklara sahip olması gerekir. Açık bir toplumun bu hayatı unsurunu hayata geçirebilmek için tüm sosyal güçlerin, imkânları elverdiği ölçüde, yapılması gereken ve yapabildikleri her şeyi yapmaları lazımdır. Devletin de, kadın ve erkek eşitliğinin gerçekten sağlanması ve bu konuda halihazırda varolan engellerin kaldırılması konusunda çaba harcaması şarttır. Ayrıca, tüm Kiliseler ve diğer dinsel grupların, inançlarını bireysel ve toplu halde özgürce açıklama imkânına sahip olmaları gereklidir. Din görevlilerinin özgürce seçilmesi ve bağımsızca eğitilmeleri de, gelişen ve hoşgörülü bir dinsel yaşam açısından hayatî bir öneme sahiptir.

Çeşitli ülkelerdeki deneyimler, bireysel hakların, bu hakların sahibi olan bireylerin, bunları yargı organları – tercihen Anayasa Mahkemesi – önünde kişisel olarak ileri sürme şansına sahip olmaları koşuluyla ve ancak bu ölçüde korunabildiğini göstermektedir. İnsan haklarının hukuka aykırı olarak ihlâl

edilmesine karşı gidilebilecek bir "anayasa şikayeti" yolunun bulunmadığı ülkeler açısından ise, "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi" çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (Strazburg); ve Avrupa Toplulukları ve Avrupa Birliği Antlaşmaları (1992 ve 1997) uyarınca, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nda dava açmak mümkündür. Ancak, değinilen bu yollardan ikincisi, yalnızca Birlik üyesi ve Birlik'e aday olan ülkeler açısından geçerlidir.

III. Devlet İşlevleri ve Erkler Ayrılığı

9. Sınırlı İktidarın bir Aracı Olarak Erkler Ayrılığı

Yasama, yürütme ve yargı organları, işlevlerini birbirlerinden bağımsız olarak yerine getirmektedir. Buna karşın, parlamenter sistemlerde parlamento ve hükümet; hükümetin yasama organı tarafından seçilmesi ve yürütme işlevini tam olarak yerine getirebilmesi için de, yine yasama organı tarafından hazırlanan yasalara ve bütçeye bağlı olması anlamında, birbirine bağlı bir görünüm arz etmektedir. Fakat diğer taraftan yargı organı ise, tümüyle bağımsızdır ve sadece anayasa ile yasalara tâbidir. Daha önce de belirtildiği gibi, erkler ayrılığı mekanizması, devlet gücünün sınırlandırılması ve yönlendirilmesi suretiyle demokratik bir yönetim biçimine ulaşabilmek amacıyla geliştirilmiştir.

10. Yasama

Türkiye'de yasama organı, bu ülkeyi Avrupa Birliği üyesi haline getirebilmek için çok şey başarmış olup, önümüzdeki dönemde de daha pek çok şey yapmaya devam etmesi gerekmektedir. Yasama organı, bugüne kadar Yeni Ceza Yasası'nı kabul etmiş, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ni kaldırmış ve temyiz mercilerine başvuru yollarını açmıştır. İki büyük anayasa değişikliği ve – ceza hukuku ve medenî hukuk alanları başta olmak üzere – sekiz yasal değişiklik paketi, üyelik hedefine ulaşma yönünde ortaya konan büyük çabanın bir göstergesidir. Diğer taraftan, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin anayasalarının ve

"Avrupa Anayasası"nın öngördüğü özgür demokratik düzene ulaşabilmek için, atılması gereken ek bazı yasal adımlar da mevcuttur. Bu ihtiyaç, özellikle yeni bir ceza muhakemeleri usulü yasası, ceza infaz yasası ve yeni bir polis yasası gibi konularda hissedilmektedir. Ayrıca, özgürce işleyen bir sivil toplum yapısı için, bir dernekler yasasının vazgeçilmezliği de ortadadır. Yasamanın, bütçenin onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi konusundaki yetkileri de tam olmalıdır. Parlamento, Türk mevzuatını diğer hukuk sistemleriyle karşılaştırmak suretiyle ulusal yasaların özgür demokratik sistemlerdeki yasalara uyumunu sağlayacak ve Avrupa Birliği müktesebatının uygulanması hedefine doğru yol alacaktır.

11. Yürütme

Nitelikli, yeterli personele sahip ve donanımlı bir idare, modern devlet açısından hayati bir önem sahiptir. Bu tespit, idari fonksiyonun, vatandaşın gözünde görevleri, personeli ve iktidarıyla "devlet"i temsil ettiği gerçeği karşısında, daha da doğru hale gelmektedir. Bu tespit; ekonomik olsun, kültürel olsun, iş gücü, çevrenin korunması, yol ve diğer alt yapı hizmetleri olsun tüm idari hizmetler açısından geçerlidir. Yozlaşma ve çürümenin önüne geçilebilmesi için, yöneticilerin yeniden ve yeniden eğitilmeleri ve yeterli malî olanaklara sahip olmaları sağlanmalıdır. Kamu ajanlarının devlete olan bağlılıklarının sağlanması, etik çalışma standartlarına ulaşılması ve insanlarla diyalog kurmanın öğretilmesi, uzun bir zamana yayılan ve çok iyi bir eğitim gerektiren işlerdir. Türkiye'de uzun zamandan beri devam etmekte olan olağanüstü halin sona erdirilmesi, silahlı kuvvetlerin siyasi denetiminin sağlanması ve Hükümet bünyesinde insan haklarının daha etkin bir biçimde korunması amacıyla bir Reform İzleme Komitesi'nin kurulmuş olması, hep birer ilerleme olarak kaydedilmelidir. İdarenin, özellikle kamu adına imzalanan sözleşmelerde şeffaflık ve etkinliğe gereksinimi vardır. Diğer tüm hallerde ise; ekonomik etkinliklere katılım, denetim işlevine indirgenmeli ve – anti-tröst kontrolü dahil olmak üzere – anılan bu işlevle sınırlanma-

lıdır. İdari organların takip etmekle yükümlü oldukları usuller, parlamento tarafından çıkarılan yasalarca şapıanmalı; geliştirilmeye açık, şeffaf ve hızlı olmalıdır. Bazı Avrupa ülkeleri, bir yandan kamu görevlilerinin güvenilirlik ve bilinç düzeylerini arttıran, diğer yandan da kamuoyunda iyi işleyen bir idare izlenimi oluşmasını sağlayan; idari işlem ve dosyalara serbest erişimi düzenleyen yasalar kabul etmişlerdir.

12. Yargı

Mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığı sağlamaya yönelik tüm tedbirlerin alınması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkı ve hukukun düzgün işletilmesi en temel insan hakları arasında bulunduğu için, usul yasaları, en az maddî hukuku düzenleyen yasalar kadar önem taşımaktadır. Bu, her şeyden önce, vatandaşlara hükümet ve idare aleyhine Anayasa'nın ve yasaların yanlış yorumlanmasından ötürü dava açma hakkının verilmesi hususunu kapsamaktadır. Zira unutmamak gerekir ki; "*özgür demokratik düzen*", hukuka bağılı devletin hayata geçirilmesi anlamına gelmektedir; kişisel ayrımcılığın ve keyfî iradenin değil.

Oturum Başkanı: Prof. Ulrich Karpen'e, gerek bize tebliğini ulaştırmakta yardımcı olduğu arkadaşı Christian Starck'ın sözlerini aktardığı için, gerek kendi ilginç tebliğı için teşekkür ediyorum.

Şimdi bu oturumun son sözünü Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden Doç. Dr. Mithat Sancar'a vereceğim, ancak sayın Sancar bana, malzemelerini daha rahat kullanabilmek açısından, kürsüye çıkmayıp, masada oturmasının bir sakıncası olup olmadığını sordu. Ben de sizin hoşgörünüze güvenerek, bunun hiçbir sakıncası olmayacağını kendisine söyledim. İzin verirseniz, oturduğu masada tebliğini sunacaklar.

Buyurun sayın Sancar.

Doç. Dr. Mithat SANCAR (Ankara Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı):*

Avrupa ve ABD'de 1970'lerde çeşitli nedenlerle sıkça gündeme gelene "anayasal demokrasi" kavramı, son yıllarda ülkemizde de popülerlik kazandı. Kavramın Batı'da öne çıkmasının başlıca nedeninin, kendilerini gerçek demokrasi ya da "halk demokrasisi" olarak adlandıran Sovyetler Birliği ve diğer sosyalist ülkelere karşı "Batı tipi demokrasinin" farklılığını vurgulama çabası olduğu söylenebilir.¹ Buna karşılık Türkiye'de anayasal demokrasi kavramının, daha çok, demokrasiyi yargı temelinde yeniden tanımlama çabalarını ifade eden bir formül olarak tedavüle girdiği görülüyor. Kavram bu çerçevede, demokratikleşme ve demokrasiyi yeniden tanımlama konularında yargıyı asli ya da merkezi aktör olarak konumlandırma niyetine işaret etmektedir.² "Demokrasi ve Yargı" başlığını taşıyan bu sempozyumda, sunuşların ağırlıklı olarak "yargı" konusuna odaklanmasından ve kavramlar arasındaki ilişkilerin oturma ve bildiri başlıklarına yansımış şekliyle de, böyle bir niyetin varlığını çıkarsamak mümkün.

I- Anayasacılık ile Demokrasi Arasındaki Zorlu İlişki

Aslında, ilk bakışta "anayasa" ve "demokrasi" terimlerinin bir araya getirilmesinde bir sorun, hele de bir çelişki olduğu pek akla gelmez. Kaçınılmaz olarak yüzeysel kalan bu bakış, bu terimleri aynı siyasal idealin birbirini tamamlayan değişik boyutları olarak algılar ve bunların birbirleriyle gerilim ve hele de çatışma içinde olması ihtimalini düşünmez. Ancak meseleye

* "Anayasal Demokrasi: Demokrasinin Sınırı mı, Güvencesi mi?" başlıklı tebliğ.

¹ Bkz., Carl J. Friedrich, *Sınırlı Devlet*, Çev. Mehmet Turhan, Gündoğan Yay., Ankara 1999, s.59.

² Bkz., örneğin Bakır Çağlar, "Hukuk'la Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi", *Anayasa Yargısı* S. 10, Ankara 1993, s.237 vd. Çağlar'a göre, "anayasal demokrasi", her şeyden önce "MEŞRUIYET" in çoğul halidir. Meşruiyet sadece sandıksal demokrasiden kaynaklanmaz; ... meşruiyetin başka kaynakları, başka faktörleri de vardır. Bu çerçevede 'sandık meşruiyeti' yanında ... 'Yargıçlar Hukuku' ya da 'Cüppe Meşruiyeti' de vardır." s. 242.

biraz daha yakından bakıldığında, bu iki terim arasındaki ilişkinin kendiliğinden uyumlu ve tamamlayıcı bir nitelik taşımadığı görülür. Bu bileşenlerden ilki olan “anayasal” sıfatı, esas itibarıyla, “anayasacılık”tan gelir; “demokrasi” ise, “halk egemenliği” ilkesinden. En yalın tanımları kullanacak olursak; birincisi, sınırlı devlet ya da devlet kudretinin sınırlanması geleneğini ifade ederken; ikincisi, halkın kendi kendini yönetmesi anlayışını dile getirir. Bu iki terim saf halleriyle alındıklarında ve tek yanlı bir bakışla yorumlandıklarında, uzlaşmaz karşıtlıklar olarak formüle bile edilebilirler.

Bu kısa girişin amacı, “anayasal demokrasi” kavramı etrafında bir “*semantik karmaşa*” yaşandığını⁴ ve “anayasa” ile “demokrasi” terimlerinin bir araya getirilmesinde, ilk bakıştaki algının aksine bir “*doğallık*” bulunmadığını göstermektir. Gerçekten de, kavramı oluşturan bileşenlerin bu şekilde bir araya getirilişi sorunsuz değildir. Bir defa, anayasanın temel işlevlerinin başında, belli konuları önceden karara bağlamak suretiyle, toplumun bu konulardaki hareket alanını ortadan kaldırmak veya önemli oranda daraltmak, yani bu konuları büyük ölçüde demokratik sürecin dışına taşımak gelir. Bu ise, anayasayı yapan gücün geleceği ve gelecek nesilleri bağlayan kararlar alması anlamına gelir. Anayasayla demokrasi arasında bu türden bir gerilim bulunduğunu söylemek bir kuruntu değil, aksine anayasacılık geleneğinin öncülerinde de dayanağı bulunabilecek bir olguya işaret etmek demektir. Örneğin bugün çoğumuza olağan görünen bu durum, anayasacılık geleneğinin öncülerinden Locke’a bile kabul edilemez geliyordu. Locke, “*Hükümet Üzerine İkinci Deneme*” adlı eserinde, hiç kimsenin herhangi bir sözleşmeyi çocuklarını bağlayacak şekilde yapma hakkı olmadığını söyler.⁵ Öte yandan, anayasacılığın başlangıçta demokratik olmaktan çok aristokratik nitelik taşıdığı hatırlanırsa,⁶ bu tartışmanın

⁴ Friedrich, s. 60.

⁵ Locke’un ve anayasacılık geleneğinin diğer önemli isimlerinin bu konudaki görüşleri ve bunların değerlendirilmesi için bkz. Stephen Holmes, “Verfassungsförmige Vorentscheidungen und das Paradox der Demokratie”, Ulrich K. Preuss (der.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt am Main 1994, s.138 vd.

⁶ Friedrich, s.60.

köklerinin kavramların ortaya çıktığı tarihsel kesite kadar uzandı, daha iyi anlaşılır. Anayasacılığın sınırlı devlet anlayışının bugün sembolü olarak kullanılan "hukuk devleti" kavramının Almanya'da ortaya atıldığını ve o dönemde cumhuriyetçi ve demokratik düşüncelere karşı bir alternatif olarak geliştirildiğini de ekleyelim. "Rechtsstaat" kavramı, o dönemde monarşiden vazgeçmek zorunda kalmadan devleti yeniden düzenlemenin düşünsel temelini oluşturuyordu.⁷

İki kavram arasındaki ilişkiye dair tartışmaları kabaca şemalaştırmak gerekirse, iki uç ve çok sayıda ara yaklaşım olduğu söylenebilir. Uçlardan birinde, bizatihi anayasanın kendisini bir rahatsızlık, hatta haksızlık olarak gören, saf ya da tabir yerindeyse ütopyik demokratlar yer alır. Diğer uçta ise, demokrasiyi bir tehdit olarak gören radikal anayasalcılar yer alır. Birinciler, demokrasinin anayasal sınırlamalar yüzünden felce uğrayacağından kaygı duyarlarken; ikinciler, demokrasi selinin anayasal bentleri, özellikle de bireysel özgürlükleri yıkacağından korkarlar. Aralarındaki bu farklılığa rağmen, her iki yaklaşım da, anayasacılık ile demokrasi arasında çok derin, hatta aşılması imkansız bir gerilim olduğu noktasında uyuşurlar. Başka bir deyişle, bu iki uç yaklaşımın temel tezleri, söz konusu kavramlar arasında bir yüksek gerilim ve hatta kapatılması imkansız bir mesafe bulunduğu, dolayısıyla "anayasal demokrasi"nin zıtlıkların buluşmasıyla meydana gelen kendi içinde çelişik bir kavram olduğu noktasına çıkar.⁸

Bu iki tutumun dışında; anayasacılık ile demokrasi kavramlarının birbirlerini dışlamadığı, aksine birbirleriyle sıkı ilişki içinde buldukları öncülünden hareket eden yaklaşımların da yaygın olduğunu söyleyebiliriz. Ancak sorun, ilişkinin varlığını kabul etmekle çözülmüş olmaz; tam da bu noktada yeni ve oldukça karmaşık bir boyut kazanır. Burada, bu ilişkinin nasıl kurulacağı ve hangi argümanlarla temellendirileceği

⁷ Heinrich Amedeus Wolff, "Das Verhältnis von Rechtsstaatsprinzip und Demokratieprinzips, Stat - Soveränität - Verfassung. Festschrift für Helmut Quaritsch zum 70. Geburtstag, Berlin 2000, s.73.

⁸ Bkz., Holmes, s.135.

soruları merkeze yerleşir. Bu sorulara verilecek yanıtlar, saf teorik nitelikte değil, hukuksal ve siyasal sistemin yapısını belirleyecek önemdedir.

II- Demokrasiye Güvensiz Anayasacılık

Anayasacılık ile demokrasinin birbirleriyle uyuşturulabileceğini kabul eden yaklaşımların bir kısmı, “*anayasal demokrasi*” kavramıyla demokrasinin sınırlandırıldığını kabul ederler ve bunu da gerekli görürler. Bu yaklaşımları da iki ana grupta toplamak mümkündür.

1- Sınırlı Demokrasi

Bir grupta, anayasacılığa ağırlık verip, demokrasinin sınırlandırılması gerektiğini savunan klasik liberal yaklaşım yer alır. Bu yaklaşımın temel argümanı, bireysel özgürlüklerin korunması gereğine dayanır. Buna göre, bireysel özgürlükler, insan doğasına yerleşik haklar oldukları için, bunların varlığına karşı herhangi bir toplumsal mutabakatı meşru kabul etmek mümkün değildir. Dolayısıyla, ne kadar demokratik olursa olsun, her türlü mutabakat karşısında bu özgürlüklerin mutlak önceliği vardır. Aslında bu görüşün temelinde, “kitle”den duyulan korku yatar ki, bu korku başından itibaren liberalizme eşlik etmiştir. Çok erken dönemde liberalizm, Rousseau'nun ana hatlarını çizdiği “*radikal demokrasi*” modelini reddetmişti. Çünkü liberallere göre, genel iradenin egemenliği, yaratılması hedeflenen bireysel özgürlüğün yok olması tehdidini de içeriyordu. Oysa liberalizmin esas amacı, bireylerin özgürlük alanlarının hem egemen hükümdarlara hem de egemen halka karşı güvenceye alınmasını sağlamaktı. Fransız Devrimi ve onun yarattığı sonuçlar, Benjamin Constant'tan beri liberalizmi derinden etkileyen bir kaygı kaynağı olmuştur.⁹ 19. yüzyıl boyunca liberalizmin ve burjuvazinin “*genel oy hakkı*” konusunda sergilediği tavır, sadece “*radikal demokrasi*”ye değil, kitlelerin

⁹ Theodor Schieder, “Die Krise des bürgerlichen Liberalismus. Ein Beitrag zum Verhältnis von politischer und gesellschaftlicher Verfassung”, Liberalismus içinde, Der. Lothar Gall, 3. Baskı, Königsten/Ts. 1985, s.189.

siyasal etkisini güçlendirme sonucunu doğuracak demokratik mekanizmalara da sıcak bakmadığını gösterir.¹⁰

2- Militan Demokrasi

Demokrasinin sınırlandırılması gerektiğini kabul eden diğer yaklaşım ise, demokrasinin korunması argümanını öne çıkarır. Buna göre, demokrasinin anayasayla sınırlanması, onu korumak açısından gereklidir; çünkü anayasayla sınırlanmamış demokrasi kendi yıkımına yol açar. "Militan" ya da "mücadeleci" demokrasi olarak da adlandırılan bu yaklaşım, demokrasiye yönelik sınırlamaları siyasal hakları ve bireysel özgürlükleri kapsayacak şekilde genişleten politikaları savunur. 60'lı yılların ikinci yarısıyla 70'li yıllarda Almanya'da tedavüle sokulan ve ülkemizdeki devlet pratiğinden de yakından tanıdığımız bu anlayışta, aslında anayasaya bağlılığa inanan bir anayasalcılıktan söz etmek de mümkün değildir. Çünkü burada demokrasinin "mücadeleciliği" veya "militanlığı", anayasada yer alan ve çeşitli yasalarla somutlaştırılan sert tedbirler veya yasaklardan ibaret görülmez. Bu düzen, doğası itibarıyla militandır; yani gerektiğinde anayasada öngörülenlerden başka uygulama durumları da yaratabilir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin o dönemde verdiği konuya ilişkin kararlar, hiçbir tereddüde yer vermeyecek kadar açıktır: "Almanya Federal Cumhuriyeti, Weimar Cumhuriyeti'nin aksine, temel hakların anayasanın öngördüğü özgürlükçü düzene karşı mücadelede kötüye kullanılmalarını kabul etmeyen, vatandaşlarından bu düzeni savunmalarını bekleyen bir demokrasidir."¹¹ Bu demokrasi, "bu temel düzenin düşmanlarına, biçimsel açıdan yasallık çerçevesi içinde hareket etseler bile, hoşgörünü göstermez".¹²

Bu yaklaşımın asıl amacı, demokrasiyi korumak değil, çoğulcuğu denetlemek veya sınırlamak suretiyle demokrasi-

¹⁰ Ayrıntılar için bkz. Tunçer Karamustafaoğlu, *Seçme Hakkının Demokratik İlkeleri*, AÜHF Yay., Ankara 1970, s. 69 vd.)

¹¹ BVerfGE 28, 48; Mahkeme'nin "mücadeleci" veya "militan" demokrasi nitelendirmelerini kullandığı bir karar olarak bkz. BVerfGE 5, s.85 vd., özellikle 134 vd.; "mücadeleci demokrasi" formülü, 139. sayfada yer almaktadır.

¹² BVerfGE 30, 119-120

yi vesayet altına almaktır. Böylece, bütün toplumsal-siyasal özneleri, inisiyatifleri ve süreçleri, bir bütün olarak kamusal alanı ve bütün yurttaşlar, çoğulculuğa dayalı siyasi süreçler içinde meşrulaştırılması gerekmeyen, meşruluğu çoğu zaman kendinden menkul belli değerlerin egemenliğine tabi kılan bir düzen inşa edilmek isterir.

III- Demokrasiyle Barışık Anayasacılık

Demokrasiyi sınırlama gereğini açıkça kabul eden bu yaklaşımların karşısında, anayasa ile demokrasi kavramlarını bir arada kullanmayı, demokrasiyi sınırlamak değil, onun işleyiş şartlarını güvence altına almakla temellendiren yaklaşımlar vardır. Birbirinden farklı muhakemelere dayanan çok sayıda teoriyi bu grup altında toplamak mümkün olmakla birlikte, bunlara değinerek geçmek bile bildirinin çerçevesini çok aşacağından, bunlardan sadece iki tanesinin kaba bir özetini aktarmakla yetiniyorum.

1- Usuli Anayasa Anlayışı

ABD’de J. H. Ely’nin adıyla anılan “*usulî anayasa anlayışı*” na göre, anayasal sınırlamaların hepsini, temelden anti-demokratik olarak görmek doğru değil, bunların demokrasiyi güçlendirmeleri de mümkündür. İnsan yapımı bütün eserler gibi, demokrasi de kusursuz değildir, onun da düzeltilmeye, onarılmaya ihtiyacı vardır. Bunun için de, her şeyden önce, demokrasinin ön şartlarının güvence altına alınması gerekir ve bunu her zaman saf demokratik araçlarla yapmak mümkün olmaz. Dolayısıyla başlangıç aşamasında, demokrasi inşa edilirken, onun işleyiş şartlarını güvence altına alan anayasal sınırlamalar demokratik yapının özüne ters düşmez. Bu açıdan, mesela yargı demokrasinin önsel işleyiş şartlarını güvence altına alma işlevine sahip bir organ olarak öngörülür; yargıya demokrasinin bekçisi olma işlevi verilir. Seçilmiş ve siyasi sorumluluk altındaki temsilciler, siyasetin içeriksel değerlerini belirlerler. Buna karşılık, karar alma süreçlerinin temel kurallarına uyulup uyulmadığını denetleme görevi yargıdır. Ancak yargının bunun ötesinde bir işlevi olmamalıdır. Bu durumda

yargının görevi, değer üretmek, siyasetin içsel unsurlarını belirlemek, siyasal karar alma sürecini ikame etmek değil; siyasal karar alma sürecinin demokratikliğini gözetmektir. Çünkü anayasada verili olan şey, siyasal sürecin maddi sonuçları değil, yalnızca ön şartları ve usulüdür. Bu nedenle, siyasal süreç adil şartlar altında cereyan ettiği sürece, bu süreçten yasama işlemi formunda çıkan ürünler, özgül anayasal güvenceleri ihlal etmemeleri şartıyla mahkemeler tarafından meşru kabul edilmelidir. Mahkemeler, maddi ölçütleri esas alan bir denetim yaptıkları takdirde, demokratik siyasal sürecin belirleyici unsuru olan yasamanın yetki alanı aşırı derecede kısıtlanmış ve sonuçta demokratik olmayan bir yola girilmiş olur.¹³

2- Müzakereci Demokrasi

Benzer bir yaklaşımı, "haklar sistemi"ne dayalı karmaşık bir kurguyla savunan Habermas da, hukuk devleti (anayasacılık) ile demokrasi arasında sıkı bir bağlantı bulunduğunu, üstelik bunun sadece tarihsel-rastlantısal değil, aynı zamanda kavramsal veya içsel bir nitelik taşıdığını belirtir. Görüşleri "müzakereci demokrasi"¹⁴ başlığı altında incelenebilecek olan Habermas'a göre, hukuk devleti ile demokrasi arasındaki içsel bağlantı, bir yandan bizzat modern hukuk kavramının kendisinden, diğer yandan pozitif hukukun meşruluğunu artık daha üstün bir hu-

¹³ J. Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge 1980, s.15 vd.; bu yaklaşımla ilgili daha fazla bilgi için bkz. ayrıca Winfried Brugger, *Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika*, Tübingen 1987, s. 367 vd.

¹⁴ Habermas'ın alıntılıdığı şu tanım kavram hakkında bir fikir verebilir: "Müzakereci bir demokrasi düşüncesi, biraraya gelmenin şartlarının ve ilkelerinin kamusal tartışma ve eşit vatandaşlar arasındaki muhakemeye yürütüldüğü demokratik bir ortaklığın sezgisel idealinde kökleşmektedir. Böyle bir düzende vatandaşlar, kamusal muhakeme aracılığıyla kolektif seçim (tercih) sorunlarının çözümüne ait bir taahhüdü paylaşır ve temel kurumlarını özgür bir kamusal müzakere çerçevesi tesis ettikleri ölçüde meşru sayarlar." (Jürgen Habermas, *Kamusalın Yapısal Dönüşümü*, Çev. Tarul Bora - Mithat Sancar, İletişim Yay. 1997, s. 44). Bu modele ilgili daha fazla bilgi için bkz., Oliver Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie. Elemente einer pluralistischen Verfassungstheorie*, Frankfurt am Main 1997.

kuktan alamayacağı olgusundan kaynaklanır. Modern hukuk, meşruluğunu bütün vatandaşlara eşit bir şekilde tanınan özerklikten alır. Burada da özel özerklik ile kamusal özerklik arasında karşılıklı bir şartlama ilişkisi vardır. Bunun açık anlamı, insan hakları ile halk egemenliği ilkelerinin, demokratik hukuk devletinin normatif temelini oluşturduklarıdır. Bu ilkeler, aynı zamanda modern hukukun meşruluğunu türetebileceği yegane kaynak durumundadırlar. Bu iki ilke arasında, bir rekabet veya çatışma değil, karşılıklı bağımlılık ilişkisi, bir içsel bağlantı vardır. Bu sistem içinde yargının, özellikle de anayasa yargısının hassas bir konuma sahip olduğu gerçeğinden hareket eden Habermas, ihtiyatla yaklaşmasına rağmen anayasa yargısını bir kurum olarak reddetmez. Ancak demokratik meşruiyetten yoksun bir organ olarak gördüğü anayasa yargısının, maddi değerlerin gerçekleştirilmesi zihniyetiyle veya misyonuyla hareket etmesinin, otoriter bir makam haline gelmesine ve “yargısal paternalizm” denebilecek bir sistemin oluşmasına yol açacağını da vurgular. Habermas’a göre, böyle bir durumun önlenmesi açısından, anayasa yargısı denetiminin, demokratik sürecin işleyişinin doğruluğuyla sınırlı olması gerekir.¹⁵

Habermas’ın burada ayrıntılarına giremediğim teorisinde asıl kaygının, demokrasiyi “çoğunluk ilkesi”ne indirgemedi, ama aynı zamanda “halk egemenliği ilkesi”nin özünü de zedeledimeden, hukuk devleti (anayasacılık) ile demokrasi arasında bir sentez kurmak olduğu söylenebilir. Böyle bir senteze dayanan bir sitemde “akılcı kararlar” a ulaşmanın yolu, çoğunluğa kayıtsız şartsız güvenden değil, devlet tarafından yönlendirilmeyen, merkezî olmayan ve çoğulcu bir siyasal, bilimsel ve kültürel düşünce ve irade oluşumu sürecinin şartlarını oluşturup güvence altına almaktan geçer.¹⁶

¹⁵ Habermas’ın konuya ilişkin görüşleri için bkz., Mithat Sancar, “Demokrasi - İnsan Hakları - Hukuk Devleti: Zorlu Bir Birlikteliği Çözümleme Denemesi”, *Toplum ve Bilim*, sayı 87, Kış 2000/2001, s.7 vd.

¹⁶ Bkz., Sancar, s. 25.

IV- Demokratik Süreçler ve Çoğunluk

Demokrasinin klasik unsurunu oluşturan “çoğunluk ilkesi”nin, genel olarak siyasal karar alma, özel olarak da hukuk üretme sürecinin demokratikliğinin en önemli şartı, dolayısıyla “halk egemenliği” ilkesinin doğrudan yansıması olduğu konusunda bir tereddüt yoktur.¹⁷

Ancak vatandaşların karar alma sürecindeki ilkesel eşitliğinin vazgeçilmez bir şartını oluşturmasına rağmen, çoğunluk ilkesinin tek başına demokrasinin yeter şartı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bizatihi çoğunluk ilkesinin meşruluğu, azınlık görüşünün eşit değerinde bir alternatif olarak mevcut olmasına bağlıdır. Bu demektir ki, çoğunluk ilkesi, azınlıkta kalanların ayrımcılığa uğramaması ve ileride çoğunluk haline gelmesini sağlayacak haklara sahip olması konusundaki bir mutabakat temelinde işleyebilir.

Bu mutabakat, aynı zamanda bizatihi çoğunluk ilkesinin kaldırılmazlığı ilkesini de kapsar. Şu halde demokrasi, öncelikle mutabakata konu olan bu hususların kurumsallaştırılmasını gerektirir.¹⁸ Böyle olunca, çoğunluk ilkesi, çoğunluğun sınırsız ve keyfi egemenliğiyle özdeş olmaktan çıkar, azınlık haklarına saygılı çoğunluk yönetiminin formülü haline gelir.¹⁹ Çoğunluk ilkesi, sınırsız bir çoğunluk egemenliğinin temeli olarak anlaşılacak olursa, demokrasinin “halkın kendi kendini belirlemesi” şeklindeki klasik tanımında yer alan asli unsur “halk”ın bir bölümü halk olmaktan çıkarılmış, dışarıda bırakılmış olur. “Demokrasi, tamamen çoğunluk egemenliği ile benzeştirildiği zaman, bu benzeştirme ile demos’un bir parçası, eo ipse, kendiliğinden demos olmayan bir nesneye çevrilmiş olur. ... Tersine azınlık haklarıyla sınırlanmış bir çoğunluk egemenliği

¹⁷ Bkz. Henry B. Mayo, Demokratik Teoriye Giriş, Çev. Emre Kongar, Türk Siyasi İlimler Derneği Yay., Ankara 1964, s.140 vd.

¹⁸ Dieter Grimm, “Reformalisierung des Rechtsstaats als Demokratiepostulat?”, JuS, 1980, s.708.

¹⁹ Bkz., Giovanni Sartori, Demokrasi Teorisine Geri Dönüş, Çev. Tunçer Karamustafaoğlu - Mehmet Turhan, Türk Demokrasi Vakfı Yay., Ankara 1993, s. 33.

biçiminde anlaşılan demokrasi, halkın, yani çoğunluk artı azınlık toplumunun tam karşılığı olmaktadır."²⁰

Öte yandan çoğunluk ilkesinin varlık şartını oluşturan "azınlığın çoğunluk haline gelebilme hakkı" da, ancak azınlığın çoğunluğa tanınan bütün imkanlardan tam ve eşit bir şekilde yararlanması halinde bir anlam ifade eder. Bu ise, en başta çoğunlukla ve egemenlerle özdeşleşmeme hakkını ve özgürlüğünü, açık ve çarpıtılmamış bir iletişim sistemini ve her alanda hukuksal ve varoluşsal güvenliği gerektirir.

Çoğunluk ilkesi ile demokrasi arasındaki ilişkiyi bu şekilde kurduktan sonra, çoğunluk ilkesine belli sınırlamalar getirmenin ve bu sınırlamaları güvence altına alacak mekanizmalar oluşturmanın bir bütün olarak demokratik süreçleri etkisizleştirmekten değil, tam aksine çoğulcuğu teşvik ve garanti etmek suretiyle bunları güçlendirmekten geçtiği söylenebilir. Çoğunluk ilkesine, çoğulcuğu sağlama kaygısı dışındaki nedenlerle konacak sınırlamalar, bürokratik iktidar odaklarını sistemin merkezine yerleştirmekten başka bir sonuç doğurmayacak; bu ise, demokratik düşüncenin özünü tahrip edecektir. Bu özü, basitçe siyasetin çeşitli toplumsal alternatiflere açık tutulması ve böylece siyasal kamusal güven altına alınması olarak tanımlamak mümkündür. Burada önemli olan, daha çok, devlet tarafından yönlendirilmeyen çoğulcu ve ademi merkezi bir siyasal, bilimsel ve kültürel düşünce ve irade oluşumu sürecinin şartlarını oluşturmak ve güvence altına almaktır.²¹

Böyle bir sistemde anayasa yargısının asıl işlevi, bu açıklığın şartlarının korunmasını gözetmek olacaktır. Bu durumda, anayasa yargısının, siyasal çatışma veya mücadelelere konu olan sorunları "hukukileştirmek" suretiyle siyasal alanın dışına taşıyıp karara bağlamaktan özenle kaçınması gerekir. Böylece anayasa yargısının konumu da, sadece bir yetki sınırı veya

²⁰ Sartori, s. 34-35.

²¹ Friedhelm Hase/Karl Heinz Ladeur/Helmut Ridder, "Nochmals: Re-formalisierung des Rechtsstaates als Demokratiepostulat?", JuS, 1981, s. 796.

devlet organları arasındaki işlevler dağılımı sorunu değil, ayrıca siyasal ve toplumsal alanın daralması ya da genişlemesi sorunu haline gelmiş olur.²²

V- Tarihsel Alman Hukuk Devleti Modelini Canlandırmanın Bir Formülü Olarak "Anayasal Demokrasi"

İster liberal anlayıştan hareket etsin, ister otoriter hedeflerle belirlensin, anayasacılık (hukuk devleti) ile demokrasi arasındaki ilişkiyi çoğunluk ilkesini sınırlama değil, demokratik süreçleri budama esasına dayandıran yaklaşımların, Alman anayasacılık tarihinin "özel yolu" (Sonderweg) ile bir akrabalık içinde oldukları söylenebilir. Başka bir anlatımla, demokrasiyi devletsel-bürokratik müdahale imkanlarını güçlendirme ve/veya yargıyı merkeze alma temelinde yeniden tanımlama girişimlerini, Alman "özel yolu" nun ortaya çıkardığı "özgül hukuk devleti" zihniyetini yeniden canlandırma çabası olarak değerlendirmek mümkündür. Gecikmiş bir burjuva devrimi girişimi olan 1848/1849 hareketi, burjuvazinin topluma şekil verme yönündeki iradesini kıran ve meşruluğu kendinden menkul devlet tasavvurunu pekiştiren bir yenilgiyle sonuçlandı. Siyasal egemenliği ele geçirme imkan ve umudunu kaybeden Alman burjuvazisi de, çareyi devletin iktidar araçlarını en azından hukukla bağlama ve hukuken denetleme çabasına sarılmakta aradı. Böylece hukuk devleti kavramı, Alman burjuvazisinin elinde, aşağıdan bir dönüşüm (devrim) gerçekleştirememiş olmanın yarattığı handikapla, iktidarı hukukun yardımıyla ve hukuk sayesinde kontrol etmeyi sağlayan bir araç işleviyle donandı. Bu durum, hukuk devleti anlayışının otoriter devletle bağını tam anlamıyla kesmesini engellemiştir. Bu nedenle, özgül anlamıyla hukuk devleti kavramı, otoriterlik ve bürokratizmin unsurlarını içererek biçimlenmiştir. Bu açıdan hukuk devleti kavramının, belli bir dönemde değişmesi imkansız görünen ve bu nedenle sineye çekilen monarşik-otokratik sisteme göre biçildiğini söylemek mümkündür.²³ Başka şekilde söylemek

²² Bkz., Hase/Ladeur/Ridder, s. 795, 797.

²³ Bkz., Fritz Scharpf, *Die politischen Kosten des Rechtsstaates*, Tübingen 1970, s.58.

gerekirse, bürokratik-devletçi gücün sivil toplum üzerindeki hegemonyası karşısında, hukuk devleti kavram ve teorisi, devlet dışı alanlardan çok devletle bağlantı içinde gelişmiştir. Bu nedenle, hukukun egemenliği ilkesinin yaratıcı ve dinamik unsuru olan *"hukukun bizzat hukuka tabi olanlar tarafından üretilmesi süreci"*nden ziyade, siyasal egemenliğin içsel denetimi düşüncesine vurgu yapmıştır. Böylece Alman hukuk devleti modeli, en büyük güvence olarak yargı mekanizmasını ve yargısal korumayı öne çıkarmış ve bir bakıma bir *"yargı devleti"* olarak gelişmiştir. Hukuk devleti güvenceleri, yurttaşlar arası eşitlik ve genel oy ilkelerine dayanan demokratik temsile bağlı olmadan da uygulanabilirlerdi. Bütün bunların sonucu olarak sözkonusu modelde, İngiliz *"rule of law"* ilkesinin dayandığı demokratik geleneğin aksine, hukuk devletinin pasif ve tutucu unsurları egemen olmuşlardır.²⁴ Bu çerçevede bir karşılaştırma yapmak gerekirse, toplumu özne alan aktif biçimlendirme programlarının bir talebi olan demokrasiye karşı, Alman hukuk devleti anlayışı var olanı muhafaza etme isteğinin siyasal ifadesi olarak ortaya çıkmıştır.²⁵

Meşruti monarşideki parlamento düzeni ile AB'nin bugünkü sistemi arasında belli bir yapısal örtüşme tespit etmek mümkündür. Şu anki yapısıyla Avrupa Parlamentosu, demokratik gereklere cevap veren bir organ olmaktan çok hukuk devleti fikriyle uyuşan bir organ durumundadır.²⁶

Aslında bu olgu, salt Almanya'ya özgü bir durum olmayıp, benzer şartlar altındaki siyasal dinamiklerin sık rastlanan bir yansımasıdır. Bu açıdan bakıldığında, örneğin AB çevrelerinde, sistemin yapısını açıklamak için *"hukuk devleti"* kavramının bizatihi *"Rechtsstaat"* olarak özel bir vurguyla telaffuz edilmesi bir tesadüf olarak görülemez. Çünkü Alman tarihsel (özümlü)

²⁴ Ulrich K. Preuss, "Die Rolle des Rechtsstaates in der Transformation postkommunistischer Gesellschaften", *Rechtsstaat - Ursprung und Zukunft einer Idee, Rechtslehre Sonderheft Jugoslawien*, Ed. Danilo Basta - Werner Krawietz - Dieter Müller, Berlin 1993, s.185-186

²⁵ Dieter Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776 - 1866*, Frankfurt am Main 1988, s.226-227.

²⁶ Wolff, s. 78.

hukuk devleti düzeni ile AB'nin "demokratik meşruiyet gediği"yle belirlenen sistemi arasında bir yapısal örtüşme tespit etmek mümkündür. Şu anki yapısıyla Avrupa Parlamentosu, demokratik gereklere cevap veren bir organ olmaktan çok, söz konusu hukuk devleti fikriyle uyuşan bir düzenin organı durumundadır.²⁷

VI- Sonuç

Bireylerin kamu erki karşısında hukuk öznesi olarak kabul edilmesi, özellikle devletin tasarrufundan çıkarılmış bireysel özgürlüklerin hukuken tanınması ve yargısal yoldan korunması, hukuksal eşitlik, siyasal sistemden ayrılmış bağımsız yargı, yasallık ilkesi, yasaların geriye yürümesi yasağı ve nihayet hukuk üretme işinin hukukun muhataplarına bırakılması gibi merkezi unsurları dikkate alındığında, anayasacılık geleneğinin ve Alman geleneğine indirgenmemiş hukuk devleti kavramının çoğulcu demokrasiyle sıkı içsel bir bağlantı içinde bulunduğu kolayca söylenebilir. Bu unsurlar, siyasal erki, sürekli bir temellendirme, meşrulaştırma ve rasyonelleştirme baskısı altına sokarlar ve ona karşı itaati sorgusuz bir kural olmaktan çıkarıp haklılaştırılması gereken bir istisnaya dönüştürürler; zira tamamen akli tabii hukuk anlamında bireylerin özgürlüğü siyasal egemenliğin teorik hareket noktasını, meşruluk temelini ve telosunu oluşturur. Söz konusu unsurların gereği gibi uygulandığı durumlarda hukuk devleti, devletten bağımsız bir sivil toplumun inşası ve gelişmesi için gerekli olan kurumsal şartları temin eder. Bu tür bir sivil alan, şüphesiz kendiliğinden demokratik bir yapıya vücut vermez ve onu ikame edemez. Demokratik kurumların özünün, özgürlük temelinde kolektif bağlayıcı kararların alınmasını mümkün kılmalarında yattığı kabul edilecek olursa, bir sivil toplum alanının demokrasi için zorunlu bir şart olduğu da kabul edilmek gerekir; çünkü bu alan, bireylerin iradelerinin özerk bir şekilde oluşması özgürlüğünü güvence altına alan yapısal unsurların oluşumunu sağlar.²⁸ Bu bakış açısıyla değerlendirildiğinde, anayasacılı-

²⁷ Wolff, s. 78.

²⁸ Preuss, s. 187-188.

ğın (hukuk devletinin) unsurları önceden kurulmuş siyasal erk karşısında sadece olumsuz karakterde, esasen denetleme amacına hizmet eden, siyasal özden yoksun, engelleyici sınırlar koyan ilkeler/kurumlar niteliğini taşımazlar; aksine siyasal alanın hareket kabiliyetini yükseltmeye yönelik olumlu bir öz içerirler. İşte bu öze sadık kaldığı sürece ve ölçüde demokrasiyi anayasacılıkla birlikte anan kurguların demokratik düşüncenin esasıyla bir sorun yaşaması düşünülemez. Buna karşılık demokrasi ve çoğulculuk vasıflarının geri plana düştüğü ya da belirsizleştiği bir "anayasal demokrasi" (hukuk devleti) söylemi, sorunların ve çatışmaların siyasal yöntemlerle ve süreçte çözülmesi yerine, bürokratik vesayet ve/veya yargısal yöntem ve mekanizmalarla "halledilmesi" esasına dayanan bürokratik-devletçi bir düzenin simgesi olmaktan kurtulamaz.

Galiba zamanımı aştım, çok teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Zamanınızı aşmadınız sayın Sancar, tam zamanında bitirdiniz, size teşekkür ediyorum.

TARTIŞMA

Değerli dinleyenler; tartışma kısmına geçiyoruz. Tebliğ sunan üç değerli katılımcıya yönelteceğiniz soruları, eğer katılımcılardan hangisine yöneltmek istiyor iseniz, adını da belirterek ve kendi adınızı da lütfederek yönlendirirseniz, karşılama çalışacağız.

Eski milletvekili ve Anayasa Komisyonu Eski Başkanı Prof. Ahmet İyimaya, sayın Ahmet İyimaya buyurun.

Prof. Dr. Ahmet İYİMAYA (TBMM Anayasa Komisyonu Önceki Başkanı): Sayın Karpen'e iki sorum olacak: Avrupa Birliği Anayasası'nın hazırlığında bulunduğunu ifade ettiler, yanlış anlamadıysam. Avrupa Birliği Topluluğu Mahkemesi'ne göre, Avrupa Birliği üyeliğinden ayrılmak mümkün değil. Fakat Avrupa Birliği Anayasası'nda Avrupa Birliği üyeliğinden ayrılma öngörülmüş. Bu birliğin sürdürülebilirliği bakımından nasıl değerlendirilebiliyor, bir anayasal ötenazi değil mi?

İkincisi; yine Avrupa Birliği Anayasası'nın bir maddesinde, sanıyorum 65, 62 olabilir, seküler bir Anayasa, dinlere

TARTIŞMA

veya din kurumlarına atıf yapılırken, özellikle kilisenin adı açıkça ifade ediliyor. Hazırlıkta bulundular bunun ne gibi bir altyapısı var.

Bir üçüncü sorum; Avrupa Partisi ön görülüyor, genel tasavvur nedir Anayasa'da?

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: İsterseniz, soruları anında yanıtlarsak, zannediyorum daha ekonomik davranmış oluruz ve hem de sorulmuş sorunun ne olduğu daha sonra unutulmamış olur. Bu nedenle ben sayın İyimaya'nın sorusunu yanıtlamaları için şimdi Prof. Karpen'e sözü vermek istiyorum.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Sayın Anayasa Komisyonu Başkanı, sorularınız için çok teşekkürler.

Burada olmanız ve konuşmacıya zor sorular yöneltmeniz bir onur. Her şeyden önce bu bir Anayasa değil, Anayasa taslağıdır. Fakat taslağı hazırlayanlar bu noktada birliğin başına bir Anayasa getirmekten korktular, o yüzden bu bir antlaşma. Bunun tüm üyeler tarafından benimsenmesi gerekiyor, üyelerden yarısının bir referandum gerçekleştirmesi gerekiyor ya da diğerleri bunu temsilci heyetlerinin kararı ile yapabilirler, tıpkı benim kendi ülkemde kendi hükümetimin yapacağı gibi. Benim buradaki konumum biraz gerçekçi ve bir parça iyimser. Biraz gerçekçi, çünkü bütün üyelerin Anayasa antlaşmasının taslağını kabul edip etmeyecekleri konusunda şüphelerim var. Eğer böyle olursa, o zaman elbette sorunuz hayati öneme sahip olur. Söylediğim gibi acaba Avrupa Birliği geri dönüşü olmayan bir noktaya geldi mi? Benim cevabım hayır. Daha önce olduğu gibi, Danimarka'nın, İngiltere'nin ve diğer ülkelerin yaptığı gibi, *"Bizim referandum sonucumuz olumsuz, ama bize ekonomik ve diğer konularda ayrıcalıklar verirsiniz kalırız"* deme ihtimali var. Bu durumda iyi çocuklarınız ve o kadar da iyi olmayan çocuklarınız olacaktır. Bu ilk seçenek. İkinci seçenek; elbette bir üye birlikten tekrar ayrılabilir. Türkiye'nin karşı karşıya olduğu anayasal durum bu değil. Çünkü anladığım kadarı ile ülkeniz

her türlü koşulda hazır değil ancak, komşumun söylediği gibi, Avrupa Birliği'nin değerlerini paylaştığı durumda, üye olmak istiyorsunuz. Fakat sorunuzu kabaca yanıtlamak için ülkenizin birlikten ayrılma şansı var diyebilirim.

İkinci soruya gelince, gerginim, gerçekten gerginim. Ankara'ya bunlar hakkında konuşmak üzere geldiğimi biliyordum. Liberalizm, hoşgörü, laiklik, çoğulculuk bunlar temel değerler, birliğin temel değerleri, sadece taslak anlaşmanın bir kısmı değil aynı zamanda AB ortaklığının bir parçası, bildiğinizi gibi Avrupa kurumlarının elinde birliğe girmeye hazırlanmadan önce Türkiye Cumhuriyeti tarafından benimsenmesi gereken yüz bin sayfa, yanlış anlaşılmamak için tekrar ediyorum yüz bin sayfa, düzenleme var. Söylediğiniz gibi Hıristiyanlık ya da din konusuna gelince, bildiğim kadarı ile İslam'dan farklı bir inanç olarak Hıristiyanlığın, Tanrının bize yeni bir düzen getireceği ya da Tanrıya inandığımız gibi, -ki bu tanrı sami Hıristiyan inancındaki Tanrıdır,- bir şeyin önsözde yer alıp almaması konusunda bir tartışma yapıldı. Milletlerin yarısı, -elbette İspanya ve İtalya'da dahil olmak üzere,- böyle olmasını istediler. Papa bu konuda oldukça ısrarlı idi. Ama sonunda laikliğin gereklerini yerine getirmek için bu kabul edilmedi. Başka bir deyişle Avrupa bir Hıristiyan devletler birliği kulübü değildir ve olmayacaktır. Söz ettiğiniz kiliseler ile ilgili hükme gelince, anlaşma taslağının neresinde bu maddeye rastladığınızı sorabilir miyim? Ben bilmiyorum. Hıristiyan kiliselerine atıfta bulunan bir hüküm yok. Eğer bilen birisi varsa bunu detaylı olarak kontrol edebiliriz. Sizi sadece tüm kuruluş tartışmalarını, komiteleri takip ettiğim için bunun hayati bir mesele olduğu konusunda temin edebilirim. Çünkü, şüphesiz Christian Starck'ın belirttiği gibi kişisel fikrinin, liberal demokrasi fikrinin bir kökeni Yunan filozofisine, Roma hukukuna, Hıristiyanlığa ve aydınlanmaya dayanmaktadır. Bunlar, değerler konusunun dört temel direğidir. Bunun nasıl anlaşılacağı konusunda bazı ayrılıklar olması mümkündür. Gelecekte üye ülkeler içerisinde, Türkiye gibi, Rusya gibi, Almanya gibi ülkelerde ayrılıklar olabilir fakat ana fikir tüm ortaklığın, şu anda yirmi beş ülkenin, bu değerleri paylaştıklarıdır. Eğer ben Türkiye'nin

TARTIŞMA

yerinde olsaydım, ki değilim, rastladığım her konferansta bu soruyu sorardım. Çünkü bu önemli bir konu ve bunun farkında olduğumuzu söyleyebilirim ve sadece Türkiye'nin ve diğer ülkelerin de, bir Hıristiyan kulübüne katılmaya hazır olmadığınız ve buna niyetli olmadığınız için sizin daha az önemli olduğunuz hissine kapılmalarından kaçınmamız gerektiğinin farkındayız.

Oturum Başkanı: Sayın Ankara Barosu eski başkanı Sadık Erdoğan buyurun.

Av. Sadık ERDOĞAN: Sayın Sancar "*demokrasiyi ciddiye almak lazım*" dedi. Bir soruyla, bir kelimeyle soruyorum: Türkiye'de demokrasi ciddiye alınıyor mu?

Doç. Dr. Mithat SANCAR: Evet, en kısa sorular en zor sorulardır aslında. Çok zor bir soru, bunu hangi açıdan nasıl tartışacağımıza bağlı. Türkiye'de demokrasiyi ciddiye alan, almayan çok çeşitli kesimler var. Demokrasinin ciddiye alındığı alınmadığı uygulamalar var. Neleri ne ölçüde tartışabileceğimizi tam kestiremiyorum ama Türkiye'de demokratik yapının, sürecin, toplumun sürekli olarak kendi kaderini belirleyen bir özne olduğu şeklinde algılanması yönündeki temel fikir aslında demokrasi lehinde adımların atıldığı dönemlerde de yeterince ciddiye alınmıyor. Söylemek istediğim şu; Türkiye son iki yılda çok yoğun bir yasama performansı gösterdi. Kopenhag siyasi kriterlerini karşılamak amacıyla çok yoğun yasalar çıkarıldı, Anayasa değişiklikleri yapıldı ve bunlar insan haklarını, demokrasiyi geliştirmek için yapıldı. Ancak bu yapılırken mesela toplumun bu sürecin dışında tutulmasına da neredeyse özel gayret sarf edildi. Yani bu anlayış demokratik olduğunda da demokrasiyi uzun süreli düşündüğümüzde tahrip etme potansiyeline sahiptir. Toplum, toplumun iyiliğini belirler, demokrasiyi de onun iyiliği için kurar ve geliştirir. Bu konuda temel bir eksiklik olduğunu düşünüyorum. Ama başka pek çok boyut var, bunlara zevkle cevap veririm ancak yarım saatlik tartışma süresini işgal etmeyi istemem. Bu noktaya özellikle vurgu yapmak istedim.

Oturum Başkanı: Buyursunlar efendim.

Av. Burhan KARAÇELİK: Ben Prof. Karpen'e şunu sormak istiyorum: Konuşmalarında Avrupa Birliği'nin federatif bir yapıya ulaşacağı gibi bir imaj sezdim. Gerçekten Avrupa Birliği'nin esas amacı, federatif yapıda bir Avrupa devleti kurmak mıdır ve bu mümkün müdür? Bunu öğrenmek istiyorum.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Hemen cevap veriyorum, kendimi biraz açıklayayım: Benim kendi hislerim ve beklentilerim, yaklaşan gelecekte bir federal devlet olacağı yönündedir. Fakat şunu açıkça belirtmeliyim: Şu anda bir devletler topluluğudur. Özel üyeleri egemenliklerinin bir kısmından vazgeçtiler, fakat bir federasyona katılmadılar. Gelecekte gidebileceğimiz iki farklı yol var. Birliği genişletmemiz gerekiyor, tıpkı 18. yy.deki Birleşik Devletler gibi, tıpkı 19. yy.deki Almanya gibi, tıpkı gevşek bir federasyondan federal bir devlete geçen diğer devletler gibi. Bu tür bir gelişmenin işaretleri mevcut, ilk kez olarak ortak bir savunma politikamız olacak. Kosova'ya, Bosna Hersek'i ele aldığımızda, kendi dışişleri politikamız var ve bunlar egemen bir devletin temel öğeleridir.

Sayın milletvekili, bazı üyelerin federal bir devlet olmamak konusunda oldukça ısrarlı olduklarını açıkça belirtmek zorundayım. Bunlardan ilki İngiltere ve ikincisi Fransa ve üçüncüsü sırayı istediğiniz şekilde düzenleyebilirsiniz- Almanya. Bizim anayasa mahkememiz bir devletler kulübüne girdiğimizi, ancak kendi Anayasamızın baskın olduğunu, Avrupa Birliği'nin bir üyesi olabilmek için sorumluluklarımızı yerine getirdiğimizi üç kez söyledi. Fakat bu bir devletler birliği, bilinçli olarak gelecekteki bir federal devletten bahsetmekten kaçınıyorlar. Bu yüzden bu konuda kendi fikrimi bir kenara bırakmam gerekiyor. Benimkisi iyimser, çünkü Avrupa Birliği üzerine çok uzun zaman çalıştım. Benim kendi iyimser görüşümden gerçekçi görüşe dönersek, gerçekçi görüş yakın gelecekte bir federasyon olmayacağı yönünde.

Oturum Başkanı: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Anayasa Hukuku Profesörü Sayın Doktor Cem Eroğul buyurun.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Cem EROĞUL: İki küçük sorum var. Birisi sayın Troper'e, birisi sayın Karpen'e olacak. Çevirmen arkadaşımızda zahmet etmesin sorulardan sonra ben kendim çevireceğim.

Önce Sayın Troper'e sorum: Milli egemenlik ile hukuk devletinin bir noktada çatıştığını söylediler. Son yıllarda İngiltere'de egemenliğin kişilere verilmesi yönünde yeni bir egemenlik öğretisi ortaya atılmaya başladı. Acaba bu bir çözüm olabilir mi?

Şimdi de Bay Karpen'e küçük bir sorum var:

Bu Yeni Anayasa taslağına dini referanslar konulması yönünde bir tartışma yaşandığını söylediler ve bundan vazgeçildiğini de belirttiler. Yalnız, ben bu son tartışmaya sunulan taslağı baktım, orada şöyle bir ibare vardı: En temel değerler arasında akla saygı vardı. Bu tartışmalar sonucunda din girmede ama akla saygı çıktı. Acaba buna ne gibi bir anlam veriyorlar?

Prof. Dr. Michel TROPER: Soruyu İngilizce olarak mı, Fransızca olarak mı yanıtlamalıyım? Herhalde İngilizce daha iyi olur. Soru bireysel egemenlik ya da bireyin egemenliği ile ilgili idi. Sanırım bu soruyu yanıtlamanın iki yolu var; ya popüler egemenliğin sonuçta bireyin egemenliğine dayalı olduğunu göz önüne almalısınız, -ne de olsa Rousseau'nun popüler halk egemenliği teorisi bireysel egemenliğe dayalıdır-. O halde, bu durumda halk egemenlik ile hukukun üstünlüğü arasındaki çelişki olduğu gibi ortada duruyor olur ya da bireysel egemenliğin halk egemenliğe karşıt olduğunu göze alırsınız ve bireysel egemenlik bu durumda hukukun üstünlüğü ile mü-

kemmel şekilde uyumlu olur. Fakat bu kez halk egemenliği tümüyle yitirmiş olursunuz. Çünkü insanların egemenliği bireyin egemenliği ile sınırlandırılmıştır ve sonuç olarak eğer halk egemenliğini yitirirseniz o zaman elinizde hukuk uyarınca alınmış bir kararı savunacak bir şeyiniz kalmaz.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Değerler hakkındaki tartışmaları hatırlıyorum ve Ankara Üniversitesi'nden meslektaşımın sorusuna gelmeden önce dikkatinizi çekmek istiyorum. Antlaşma Taslağı'nın 2. maddesi der ki; Birliğin temeli olan değerler insanın saygınlığının kabulü, özgürlük, demokrasi, eşitlik, hukukun üstünlüğü, ve medeni hakların korunmasıdır. Bu değerler bütün ülkelerin toplumlarında ortaktır, bu toplumlarda çoğulculuk, hoşgörü, adalet, dayanışma ve ayırım gözetmemek yerleşmiş değerlerdir. Ön tartışmalarda akıldan bahsedilmesi konusunda anladığım kadarı ile, tümüyle Avrupa değerleri kavramının sözünü ettiğim dört temel direği ile aynı şeyi ifade etmektedir. Yunan felsefesi, Roma hukuku, Hıristiyanlık, aydınlanma ve akıl, anlaşılacağı gibi ideolojik olmayan, köktenci olmayan, hoşgörülü bir hükümet akla bağlıdır ve hatırladığım kadarı ile ayırım gözetilmemesi, çoğulculuk ve hoşgörü antlaşmanın önsözünde yer almışlardır. Bu yüzden aklın ayırım gözetilmemesi, köktenci olmamak olduğunu düşünüyorum, fakat bunun bireyin inanç özgürlüğü ile bir ilgisi yoktur çünkü her bireyin bir dini ve inancı vardır.

Dr. Erol AFŞİN: Hukukçu değilim ama bir konuyu sormak istiyorum. Hem Sayın Karpen'e, hem de Sayın Troper'ye beraber sormak istiyorum. Avrupa Birliği'ne gireceğimiz sürede, yani Avrupa Anayasası'nın tüm Avrupa Birliği'ne girecek ülkeleri kapsadığı söyleniyor. Anayasa'da bireylerin haklarını, yine demokratik olarak üstünlüğünü savunan, Kopenhag Kriterleri'ni savunan bir Anayasa olduğunu sanıyorum. Bu Anayasa'yı siz çıkardıktan sonra, geçenlerde Avrupa Birliği'ne girmek için, tarih aldığımız Türkiye için, kısıtlama getirdiniz. Türk halkının Avrupa Birliği'ne belirli sürede giremeyeceği, Türk halkının izin almadan giremeyeceği gibi. Siz Anayasa'yı çıkardığınızda, Anayasa tüm toplumu kapsadığına göre, in-

TARTIŞMA

san hakları, bireysel özgürlük olduğuna göre bizim devletler sözleşmesi mi geçerli olacak yoksa sizin anayasunuza göre bir Avrupa vatandaşı olarak ülkenize rahatlıkla Avrupa Federal Devleti'ne ya da Birleşik Devleti'ne girebilecek miyiz? Ayrıca eğer insan hakları değerleri ise siz bu kısıtlamaları getirdiğimize göre Türk halkının değeri Avrupa Birliği'nde ne acaba?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Michel TROPER: Üzgünüm, çünkü soru ile ilgili biraz açıklama almam gerekti, ilk başta soruyu tam olarak anlayamadım. Fakat şimdi anladım. Soru Türkiye Birliğe katıldıktan sonra Türk vatandaşlarının sahip olacakları haklar ve Türk vatandaşlarının Avrupa Birliği içerisindeki seyahatlerine getirilen kısıtlamalar arasındaki çelişki ile ilgiliydi. Bunun bir çelişki olduğu açık. Fakat bu Avrupa Yasası içerisindeki bir çelişki ve ben antlaşmanın, mevcut ve gelecekteki antlaşmanın teknik detayları hakkında pek bilgi sahibi değilim. Bu yüzden belirli bir ülkenin vatandaşlarına karşı nasıl ayırım gözetilebileceğini çok iyi anlayamıyorum. Antlaşmadan sonra tüm üye ülkelerin tüm vatandaşlarına eşit muamele uygulanması yönünde bir çelişki doğabilir gibi geliyor bana. Büyük ihtimalle bay Karpen bu konuda daha fazla bilgilidir.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Sanıyorum şimdi kavradım fakat anlamakta sıkıntılarımda oldu. Öncelikle bu tam olarak yapmamız gereken müzakere paketi. Öncelikle bu bir Türkiye-Avrupa meselesi değil, bu Danimarka-Avrupa, İngiltere-Avrupa, Polonya-Avrupa, Hırvatistan-Avrupa arasında olmuş bir mesele. Müzakereler iki doğrultuda ilerlemelidir; öncelikle başvuru sahibinin sağlaması gereken temel prensipler ve değerler ve bu yüzden bir kaç sene geçmesi gerekebileceği yönünde bir kararımız olduğunu söylüyoruz ve bu yüzden omuzlarınızda yüz bin sayfalık kanun yükü olduğunu söylüyorum. İzleyebildiğim kadarıyla, sadece sizin omuzlarınız da değil, Polonya ile de kabul müzakereleri çok detaylı, bunu yerine getirmekte çok fazla sorunları var.

İkinci olarak; katılıyorum, serbest geçiş hakkınız olmazsa kalite prensibi olarak bu ayrımcılık olur. Fakat diğer üyeler ile de bu tür ayrımlarımız var. Birincisi Polonya; Polonya'da mülk sahibi olmak serbest olmalı, müzakereler sonucu değil. Çünkü bazı ülkeler, -isimlerinden burada söz etmemeliyim-, başka uluslardan insanların tüm ülkeyi satın almasından korkuyorlardı. Aynı problemi Hırvatistan ile de yaşıyoruz, Hırvatistan ile müzakere sürecinde uzayıp giden yasal konular var. Bunlar sonuçta Avrupa Konseyi'nin başaracağı müzakerelerde bulunacak çözümlerle halledilmeli. Söylemem gerekir ki Türkiye konusunda Avrupa'nın birçok üyesi kadın ve erkeklere eşit haklar verilmesi konusunda büyük problemler görüyorlar, işçilerin Avrupa Birliği'ne göçü konusunda problemler görüyorlar. Ben bunları değerlendirmiyorum, haklarında yargı belirtmiyorum sadece söylüyorum ve birçoğu Kıbrıs konusunda problem görüyorlar. Açık olmak gerekirse, Michel'in söylediği gibi oldukça haklısınız; bu eşitliğin ihlali. Bu bağlamda Türk hükümetini anlıyorum. Şu ya da bu şekilde göç meselesinde esneyebiliriz ya da Kıbrıs meselesinde esneyebiliriz. Fakat ana amacımız üyelik, üyelikten sonra her şey daha kolay hale gelecektir ve bugünkü durum bu.

Oturum Başkanı: Evet, efendim beş dakikamız kaldı. Bu nedenle sadece son iki soruyu çok kısa olması ricasıyla alacağım.

Bir gözlemimi de ifade etmeme lütfen izin verin: Ben bu tür toplantılarda toplantının ilk saatlerini çok kalabalık, ama son saatlerini çok tenha olduğunu görmeye alışmış bir kişi olarak, bugün burada bu son saate geldiğimiz sırada hala salonun tamamıyla dolu olmasının, ne kadar ilginç bir sempozyumun sürdüğünün işareti olarak değerlendiriyorum. Buyursunlar efendim.

Umut DOĞU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Öncelikle sorumu sayın Karpen'e yönelteceğimi söyleyeyim. Son birkaç yıldır 11 Eylül olaylarını anmadan cümleye başlamak olmuyor, ben de aynı sıradanlığa düşmek istemiyorum, ama benim sormak istediğim şey şu: Bu 11 Eylül olaylarından

TARTIŞMA

sonra, temel haklar olsun, örgütlenme özgürlüğü olsun, Avrupa ve Amerika'da çeşitli kısıtlamaların getirilmesi tartışılmaya başlandı ve bu anlamda özellikle, sözgelimi, işkencenin dahi mümkün olabileceği şeklinde bir görüş ortaya çıktı, dehşet verici bir şekilde ve yapılan kamuoyu yoklamalarında Avrupa halklarının %45'e yakın bir kesiminin, "eğer bizi koruyacaksa işkencenin dahi mümkün olabileceği" şeklinde bir gidişat söz konusu. Batı demokrasilerine karşı sosyalizm veya faşizm gibi sorunlar veya karşıt görüşler sistematik bir düşünceydi, fakat bu şekilde bir dinsel kökenli kaba bir güç karşısında, neler yapılabileceği şeklinde Avrupa Birliği'nin bir tutumu söz konusu mu? Sözgelimi, sayın Sancar'ın belirttiği gibi, Amerika Birleşik Devletleri kendi anlayışlarını empoze etmek şeklinde bir tutum belirledi; ama Avrupa Birliği şu an Amerika Birleşik Devletleri'ne "yanlış yapıyorsun" demekten öteye bir şey söylemiyor, "Onun yerine şunu yapmalıyız" şeklinde bir şey yok. Acaba Avrupa Birliği başını kuma gömmüş vaziyette mi? Kendisi bu noktada temel hak ve özgürlükler ile ilgili 21. yy.de nasıl bir perspektif öngörüyor? Korku acaba hakim mi olacak demokrasiye karşı? Bunu öğrenmek istiyorum.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Teşekkürler, soru çok ilginç. Cevap vermeden önce Birleşik Devletler büyükelçisi olarak burada bulunmadığımı söylemem gerekiyor, ben sadece bir Alman profesörüm.

İki oldukça küçük cevap. İşgal saldırısı meselesi bir uluslararası hukuk meselesidir. Mevcut uluslararası hukuka göre, Irak'a bir işgal saldırısı yasadışıdır ve Güvenlik Konseyi tarafından söylenen budur. Bildiğiniz gibi bir uluslararası hukuk olabilir, kimileri bunu onun halledemeyeceğini söylüyorlar. Uluslararası hukuk değişiyor olabilir, fakat Avrupa Birliği'nin ortak bir politikası yok. Kimileri evet dediler, kimileri hayır dediler, Polonya evet dedi, İspanya evet dedi, Almanya hayır dedi, Fransa hayır dedi, İngiltere onlara katıldı ve böyle devam ediyor. O yüzden tümüyle serbestsiniz ve Avrupa Birliği üyesi olduğunuzda, orada da serbest olacaksınız.

İşkence konusuna gelince 1953 yılında yapılmış, bunun meşru olmadığını söyleyen uluslararası bir antlaşma var ve kendi ülkem adına konuşmam gerekir; Frankfurt Mahkemesi daha on gün önce kullanma amaçlarımız meşru da olsa işkencenin kullanılmasının meşru olmadığını söyledi. O nedenle bu Guantanamo meselesi ve diğer meseleler bizim görüşümüze göre meşru değildir ve yasadışıdır.

Prof. Dr. Michel TROPER: Hakların kısıtlanması ve hukukun üstünlüğü üzerine sadece bir kaç kelime söyleyeceğim. Hemen hemen her anayasal sistemde bir olağanüstü durum söz konusu olduğunda hakların kısıtlanması konusunda yetki veren bir hüküm mevcuttur. Anayasa'da bu konuda açık bir hüküm bulunmasa bile, mahkemelerin her zaman yazılı olmayan bir prensibi yorumlama ve bazı hakları kısıtlama olasılıkları vardır. Elbette bunun işkence olması gerekmez. Hatta bazı durumlarda, örneğin İsrail'de olduğu gibi, yüksek mahkeme bilgi elde etmek için bazı şekillerde fiziksel baskı uygulanmasına yetki verebilir. İşkence olarak değil, bir tür fiziksel baskı olarak nitelendirilmiştir. Bu nedenle hakların kısıtlanmasının hukukun üstünlüğünün kısıtlanması ya da istisnası olduğu söylenebilir. Fakat öte yandan hukukun üstünlüğünün bir kuralı olduğunu ve bunu kendini koruma olduğunu söyleyebiliriz ve bu da hakları kısıtlama yetkisi verir ve böylece uyumlu hale gelir.

Oturum Başkanı: Ben bir soru daha demiştim ama, vakit tamamlandı ve o son soruyu soran da, ayrı ana bilim dalında beraber çalıştığımız genç meslektaşım Ersoy Kontacı'ydı. Kendisi nezdinde ileriki yıllarda bana söz vermedi gibi bir izlenim doğurma pahasına, ben burada toplantıyı saat 14.00'te tekrar bir arada olmak umuduyla sonlandırıyorum.

Bütün konuşmacılara Prof. Troper'e, Prof. Karpen'e ve sayın Doç. Dr. Sancar'a ve siz değerli dinleyenlere çok teşekkür ediyorum efendim.

BİRİNCİ GÜN
İKİNCİ OTURUM

**“Temsili Demokrasinin Krizi ve
Yükselen Yıldız: Yargı”**

Oturum Başkanı
Prof. Dr. Erdoğan TEZİÇ
(YÖK Başkanı)

için düşüncelerimi kağıda döküyorum. Oraya gidiyorum sonra meslektaşlarımı dinliyorum, ve fikirlerim değişiyor. Belki de çok fazla insan dinliyorum. Kısacası artık üç gün önce yazdıklarımın taraftarı değilim tam olarak. Çünkü bu sabah insanlar benim perspektifimi sundular. Bu yüzden ben de sizlere yazdıklarımın bir şeyler söylemeye çalışacağım ve bu sabahki tartışmalarda değinilen konulara ilişkin açıklamalarda bulunacağım.

Öncelikle benim bu toplantılardan anladığım ve çıkardığım düşünce her şeyin yargısal güç ve iyi bir yönetim ile ilgili olduğudur. Bu günlerde demokrasi çok büyük anlam ifade ediyor. İyi bir yönetim konusuna geri döneceğim ve inanıyorum ki siz baro üyeleri yargısal güç konusunda çok büyük bir rol üstleniyorsunuz. Eğer yanlış anlamadıysam Türk anayasası İtalyan anayasası ile bazı açılardan benzerlik taşıyor. Davaların adli mahkemeden, anayasa mahkemesine gönderilmesi, anayasa mahkemesinin fikrinin ve önerilerinin alınabilmesi (mahkemenin isteği üzerine dava somut sonuca ulaşmadan önce) gibi benzer özellikler barındırıyor. İki ülke anayasa mahkemesi İtalya'da ve sanıyorum ki burada da avukatlar ve konseyler anayasallaşma süreci kurallarını sorgulamada, yargıçları zorlayan bir rol oynuyorlar. Biz iyi avukatlar olduğumuz için benim düşüncem baro avukatlarının yargısal gücün rolü hakkında tartışmalarının kesinlikle doğru olduğudur. Avukatlar olmadan bağımsız bir yargı erkinden söz etmek mümkün değildir. Çin Cumhuriyeti'nde kuasay sistemi bağımsız mahkemelere izin vermiyor. Çünkü avukatlık mesleği yasaklanmış durumdadır. Bu sebepten şu anda burada avukatlarla beraber olmaktan memnuniyet duyuyorum. Şimdi avukatlıktan yargı gücüne ve iyi yönetimle olan ilişkisine geçiyorum. Bu sabahki demokrasi hakkındaki tartışmaya kısaca değinmeme izin verin. Birkaç tarihi olayı hatırlatmamın yararlı olacağını düşünüyorum. Demokrasi dünyada ciddi ve önemli bir anlam taşıyan Yunanistan ve Türk kıyılarında ortaya çıkan eski kurumsal bir yapıdır. MÖ 5. yüzyıldan itibaren Atina, Sibikus (Güney İtalya'da) toplumlar demokratia olarak adlandırılmıştı. Kendi kendini yöneten toplum anlamındadır. Bunlar doymaların yani

insanları ifade etmeyen düşük orta seviyelilerin veya fakirlerin bütün önemli yönetim kurumlarını kontrol ettiği, bunlar içinde önemli Jürilerin karar aldığı *dikastai* mahkemesi ve *ecclesia* da mevcut bulunuyor. Yönetim toplumlarıdır. Yunan demokrasisi tam bir yasama gücünü içermiyordu maalesef. 4. yüzyılda *nomoi*'nin altında *nomothetae* olarak adlandırılan yeni mahkemeler oluştu. Bu çeşit yönetimler Yunanistan ve Türkiye de keşfedildi. Bundan gurur duymalısınız. Daha sonra sona erdiler ve 17. ve 18. yüzyıllarda İngiltere, Fransa ve Amerika da Cumhuriyet veya Temsili Hükümet olarak adlandırılan yapılar meydana geldi. Çok garip bir sebeptendir ki bu çeşit bir yönetim, daha sonra demokrasi olarak adlandırıldı. Ama bu tarihte yapılan bir hatadır. Bilmiyorum belki de sermaye sahipleri temsili hükümet kurma konusunda çok ısrarcıydılar, yani demokrasiyi değil.

Biz, size sonra açıklayacağım biz diyerek neyi kastettiğimi. Almanya, ve İtalya Türkiye'yi de kapsayan 2. dünya savaşından sonra yeni temsili demokrasiler kuruldu. Biz, otoriter rejimlerden sonra İngiltere ve Fransa'da icat edildiği ve kurulduğu biçimiyle temsili demokrasiden kurtulup, temsili demokrasilerimizi yeniden kurduk; çünkü bunlar iyi bir yönetim biçimi değildi. Yasal ve siyasal düzen kurmada temsili hükümet veya parlamento egemenliği doğru kurumsal yapılar değildi. Parlamentar demokrasinin seçimi, nerdeyse bütün Avrupa kıtasında yeniden inşa edilen otoriterizm sonrası anayasal devletlerin kurucularının, üç büyük aktörün hayati rol üstlendiği yeni bir hükümet yapısı oluşturmalarına neden oldu. 18. ve 19. yüzyılda olmadığı biçimde kadın ve erkeklere tanınan genel oy hakkı çerçevesinde iki kanatlı parlamentolar oluşturuldu. Anayasa mahkemeleri parlamento ve seçmenler – genelde halk dense de ben seçmen demeyi tercih ediyorum- tarafından alınan kararları değiştirme veya iptal etme hakkını elinde bulunduruyordu. Seçmenlerin, herhangi bir nedenle beğenmedikleri bir hükümeti tehdit edebilecekleri düzenli ve rekabetçi seçimler tekrarlanıyordu. Bugünlerde insanlar çok tembel. Sistemi hala demokrasi olarak nitelendiriyorlar. Bu bir icattır. Çoğunlukla size anlattığım gibi Alman otoritesine karşı

ortaya çıkmış bir reaksiyondur. Şu anda dünyada Alman Federal Cumhuriyet üç öğeli sistemini kullanıyoruz. Bu üç öğe; size bahsettiğim parlamento, güçlü bir anayasa mahkemesi ve seçmenlerin çok önemli ve büyük rolü. Bu sistemi nasıl isterseniz adlandırabilirsiniz. İster demokrasi deyin, ister başka bir şey. Bu kişisel tercihlere kalmış bulunuyor. Bu yönetim biçimine bazı öğeler daha eklenerek uygulanıyor temel olarak.

Size şimdi Kopenhag Kriterleri denen kriterleri anlatacağım. Bildiğiniz gibi Avrupa konseyi, Temmuz 1993 de AB üyesi veya aday olmak için sözde Kopenhag kriterlerinin yerine getirmek zorunda olduğunu söyledi ve bunları demokrasi, hakların korunması, azınlıkların korunması, serbest piyasa kurallarının kabul edilmesi gibi aklımda kalan benzer yollar olarak tanımladı. Serbest Pazar ve serbest rekabet, anayasal devletin parçası değildir, temel öğesidir. Şimdi size iyi bir yönetimin tek biçimini sunacağım.

İnancıma göre Avrupa Konseyi'nin Kopenhag toplantısından beri, benzer düşüncesi olanlara göre bu yapıyı üç sütunlu bir şekilde size kısaca anlatabilirim. Burada seçmenler, parlamento ve anayasa mahkemesi var. Neden anayasa mahkemesine ihtiyacımız var? Modern devletin temellerine geri dönersek bana sebebi çok açık geliyor. Modern devlet, Avrupa'da din savaşları sırasında, barış ve güvenliği sağlamak ve insanlığın kurtuluşu için Thomas Hobbes'un doğal bir hak olarak gördüğü kendini koruma hakkını korumak üzere kurulmuş bir yapıdır. Bunun Thomas Hobbes'in kendini koruma, doğa durumu hakkı olarak adlandırdığı, Bu nedenle, bu sabah Alman meslektaşlarımla hatırlattığı gibi, anlamlı bir teorinin başlangıç noktası olarak asla vazgeçemeyeceğimiz, Thomas Hobbes kendini koruma hakkını terk edeceksek bir siyasal güç kurmanın anlamsız olduğuna inanmış bile, bu tür bir hak doktrindir. Doğal haklarımızı kullanmamıza engel olacak bütün siyasal güçlere karşı çıkmamız gerektiğini savunuyordu. Çünkü bir devletin görevi sadece insan haklarını haklılaştıran bir araç olmaktı. Hobbes'dan bu yana kendimizi koruma hakkından daha fazlasına sahip olduğumuz düşüncesini geliştirdik ve

güçlü bir devlet haklarımızı korumamız açısından tehlike yaratabilir. Bu nedenle, Thomas Hobbes'un inanılan teorisini takip ederek siyaset bilimci ve hukuk adamı Michel Troper tartışmaya girmede, çünkü konunun uzmanı olarak bu onun için sıkıcı olabilirdi. Kendisi de benim gibi imkan dahilindeki bütün siyasal ve anayasal teorilerin güçler ayrılığı doktrinine dayandığını biliyor. Şimdi benim anlayışıma göre devlet monokratik olmayacak ve benim haklarımı koruyabilecek kuvvetler ayrılığına da sahip olacaktır. Devletin gücü bölünebilir. Amacı bizim haklarımızı korumaktır ve eğer biz güçler ayrılığına sahipsek, inanıyorum ki anlaşmazlıklar devletlerin veya yönetimlerin organlarına dağılacaktır. Bu yüzden devletin parçaları arasındaki anlaşmazlıkları düzenleyebilecek bir mekanizmaya ihtiyacımız var. Anayasa mahkemelerinin ilk görevi Almanların Organs-treit dedikleri konuya ilişkindir. Devletin organları arasındaki anlaşmazlıkları çözmektir. Artık kimsenin güçler ayrılığından vazgeçerek parlamento egemenliği veya monarşiye dönmek isteyeceğini düşünmüyorum. İşte bu yüzden anayasa mahkemesine ihtiyacımız var, çünkü organlar arası anlaşmazlıkları çözebilecek bir mahkemeye ihtiyacımız var.

Diğer taraftan, her seferinde halka soru yöneltmeye kalkmanın, örneğin bir yılda altı bin soru ortaya çıktığını düşünün, bir alternatifi var. Eğer popülist bir kişiyseñiz yılda altı bin kez referandum yapalım diyebilirsiniz. Sürem olmadığı için bu konuya girmeyeceğim. Ancak, merkezi hükümetin organları arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmek dışında, Anayasa mahkemesine ihtiyacımız olmasının bir sebebi daha var. Bu da vatandaşlar ve hükümet arasındaki çıkar uyuşmazlıklarıdır. Bu çeşit bir uyuşmazlık demokratik süreç ile düzenlenemez. Demokrasi çalışan sınıfların genel oy hakkından mahrum bırakıldığı dönemlerde toplu eylemler için bir çözümdür ve siyasal partiler ve sendikalar kanalıyla biz insanların toplu biçimde harekete geçirmek için kullanılabilir. Bunlar, her ne türde olursa olsun toplulukların menfaatleri veya amaçlarına ulaşmaları için lobi faaliyeti veya örgütlenme biçimidir, ancak özellikle izole edilmiş azınlıklar ya da doğası itibarıyla hiçbir zaman çoğunluk haline gelemeyecek azınlıklar veya izole edilmiş bireylerin

PASQUALE
PASQUINO'NUN
TEBLİĞİ

devletle ilgili uyuşmazlıkları ile ilgilidir. İstanbul veya Berlin deki bir hakimin izole edilmiş azınlıklar veya dışlanmış bireylerin anlaşmazlıklarını çözmeye çalıştığını düşünmek insanlığın aldatmacasıdır. Hayır olamaz! Biz zaten her geçen gün daha çok izole edilen bireyleriz. Hadi bunu değiştirmeye çalışalım. Hükümete karşı yasal korumaya ihtiyacımız var. Çünkü gücünü kötüye kullanabilir. Memurlar, milletvekilleri, yöneticiler hatta olağan bir hakim bile gücünü kötüye kullanabilir. Ve bu durumda büyük bir korumaya ihtiyacımız olacaktır. İşte bu benim hikayem.

Şimdi Avrupa Birliği ve Türkiye hakkında eklemek istediğim bazı şeyler var. Bana göre tartışma biraz yanlış yönlendiriliyor. Bence Türkiye şüphesiz Avrupa Birliği'nin bir parçası olacaktır. Benim inandığım Türkiye'nin Avrupa'nun nasıl şekilleneceği konusunda Avrupa'ya yardım etmek zorunda olduğudur. Ben İtalya'nun güneyindenim. Bence İstanbul ve Napoli arasında, Napoli ve Kopenhag veya Edinburgh'dan daha fazla benzerlik bulunuyor. Bence Avrupa birliğindeki asıl sorun İngiltere'dir. Ve bazı İskandinavya ülkeleridir ki bazı oportünist sebeplerden dolayı düşman durumdadırlar. Birlik bir dönüm noktasındadır. Avrupa'nın kaderini değiştirebilecek birçok değer de mevcut günümüzde. Hiç sınırlanmayın, sakın olun. Biz de bilemiyoruz ileride neler olacağını. Beş yıl sonra AB de neler olacağını kim bilebilir ki? Belki de sadece tüketiciler için sermaye sağlayan bir barınaktır. Veya siyasal bir güç de olabilir. Kararınızı vermelisiniz. Bu politik gücün bir parçası mı olmak istiyorsunuz yoksa Amerika'ya veya Asya'ya mı katılmak istersiniz. Polonyalılar bazen istekli oldukları gibi ABD'nin yanında mı yer almak istersiniz? Hiç acele etmeyin, çünkü bu evlilik gibi bir durum. Partinin nasıl gittiğini görmek için acele etmemek daha yararınıza olur. Belki de onun bir canavar olduğunu göreceksiniz ve AB ile olmak istemeyeceksiniz veya size çok ilginç de gelebilir. Fakat unutmayın, evlilik kurumunda olduğu gibi ayrılması zor olacaktır. Fakat boşanamazsınız diye bir şey yok tabi ki, ancak, manevi zararları da yüksek olacaktır. Avrupa konusunda şüphelerinizi koruyun ve Avrupa'dan ne yapmak istediklerini açıklığa

kavuşturmalarını isteyin. Ben kişisel olarak sizin Avrupa'ya katılacağınıza inanıyorum, ama dikkatli olun. Size yararın yanında zarar da getirebilir. Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Buyurun Klaus von Beyme.

Prof. Dr. Klaus Von BEYME (Heidelberg Üniversitesi):*

KLAUS VON
BEYME'NİN
TEBLİĞİ

Giriş: Avusturya-Alman Anayasa Yargısı Modelinin Amerikan Modeli Karşısındaki Yükselişi

Amerika'da sürgün yıllarını yaşayan Hans Kelsen'in (1942), Avusturya modelinin geçici olarak yürürlük dışı kaldığı bir dönemde -ve oldukça garip bir biçimde, bir siyaset bilim dergisinde- ortaya koyduğu üzere, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda iki model bulunmaktadır.

1. Olağan mahkemelerin, bir tür "yaygın denetim" yoluyla, kanunların Anayasa'ya uygunluğu konusunda "olay bazında" karar verdikleri Amerikan modeli. Bu model, yaygın, somut ve yalnızca davanın tarafları açısından bağlayıcıdır. Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (The Supreme Court), daha 1803 yılında verdiği önemli "Marbury v. Madison" kararında "Anayasa'ya uygunluk denetimi"nin yaygın bir hal almasının yolunu açmış ve bireysel hakların korunması üzerine yoğunlaşmıştır. Amerika, sömürgeci geçmişinden gelen izlerin etkisiyle, özel mahkemeler kurma yoluna gitmemiştir; zira Amerikan Devletleri, İngiliz Hükûmdarlığı'nın "Star chamber yargılamalarının"¹ (Star chamber proceedings) devamından korkuyorlardı. Amerikan Anayasası'nın hazırlayıcıları, üyeleri yürütme ve yargı organlarından gelen kişilerce oluşturulacak bir tür so-

* "Alman Anayasa Mahkemesi - Yeni Demokrasiler İçin Bir Model mi?" başlıklı tebliğ. Çev.: Arş. Gör. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

¹ "Star chamber", İngiliz Kraliyet Konseyi üyeleri ile ortak hukuk yargıçları ve Parlamento'daki soylulardan oluşan ve olağanüstü yargı yetkileriyle donatılan eski bir İngiliz Mahkemesi'dir. Keyfi yargılama usulleri ve ağır cezalarıyla tanınan bu Mahkeme'nin yetkileri, özellikle VIII. Henry ve ardıllarının saltanatı döneminde aşırı bir biçimde genişletilmiş ve tüm ulusun korkulu rüyası haline gelmiştir. (ç.n.)

yut denetim modeli olan ve Kongre'nin kabul ettiği kanunları geri çevirme yetkisiyle donatılacak bir "Düzeltilme Konseyi"nin kurulması üzerinde dikkatle düşünmüşler ve çeşitli müzakerelerin ardından bunu kabul etmemişlerdir. (Reitz in: Kenney et al. 1999: 66).

Kadim ortak hukuk (common law) geleneği çerçevesinde Amerikan Mahkemeleri, Anayasa'yı da, tıpkı diğer hukuk metinleri gibi yorumluyorlardı. Federal Yüksek Mahkeme de, aydınlanmış seçkinlere inanan ve halk egemenliği fikri ile güçler ayrılığı ve frenler ve dengeler (checks and balances) mekanizmalarını uzlaştırmaya çalışan Federalist ideolojinin bir türü olan ortak hukukun içine yerleştirilmeliydi (Griffin 1996: 13, 17).

Federalist parti, en az demokratik karar alma organı olan Federal Yüksek Mahkeme'nin, güvenilir ve istikrarsız demokratik kararların üzerinde, aynı Senato gibi, halkın doğrudan erişimine kapalı seçkin bir müzakere organı olarak, ikinci bir kontrol mekanizması işlevi görmesini amaçlıyordu. Başkanlık sisteminin de, tıpkı federasyon ile devletler arasında olduğu gibi, yürütme ve parlamento arasında da bir hakeme ihtiyacı vardı.

Bu model, federal devletlerdeki "Anglo-Sakson hukuk geleneğinin" bir yansıması olarak açıklanmaktadır (Shapiro in: Kenney et al. 1999: 195). Modelin somut norm denetimi ile birleşimi ise, karşımıza -bir "sosyal mühendislik" temayülünü de içeren- baskın bir siyasa -temelli görünümü çıkarmaktadır. Bazı yazarlar, bu mutlak somut norm denetimini- karşıtı olan Avrupa modelinin paternalist "devletçilik" in kalıntıları taşımasının aksine devlet karşıtı piyasa geleneğinin bir sonucu olarak açıklamaktadırlar (Reitz in: Kenney et al. 1999: 81).

Bu tespit, yargısal denetimin yalnızca soyut ex ante² biçimini kabul eden Fransa için özellikle doğrudur. Burada, kanun bir kez yayımlandıktan sonra artık yargısal denetim mümkün olma-

² ex ante : Önleyici (ç.n.)

maktadır. Ancak, bu bireyci eğilime rağmen, bu ülkede siyasa değerlendirmelerinin etkinliği o kadar fazla olmuştur ki, yalnızca bireyler değil, örgütler ve sosyal hareketler de siyasa-temelli şikayetleri seçip, bunları anayasal davalara dönüştürmüşlerdir.

2. Mahkemelerin kanunların Anayasa'ya uygunluğu konusunda esastan karar verdikleri ikinci model ise, "*Avusturya Modeli*" olarak adlandırılmaktadır. Bu model, merkezileşmiş, soyut ve herkes için bağlayıcıdır. Hans Kelsen, bu modeli, Avusturya-Macaristan İmparatorluğu'nun 1920 yılındaki çöküşünün ardından kurulan ilk Avusturya Cumhuriyeti'nde geliştirmiştir. Söz konusu model, onun "*Reine Rechtslehre*"si (hukukun saf teorisi) ile büyük ahenk içindedir.

Siyasal ideolojilerden ve yargısal olmayan bilimsel tüm dengelilerden arınmış bir "*saf*" hukuk teorisi için mücadele eden Kelsen (1960: III, 227ff) pek çok alim tarafından örnek alınmasına rağmen, Avusturya-Alman modeli, başta "*aydınlanmış pozitivizmi*" olmak üzere, pek çok noktada Kelsen tarafından çizilen yolu takip etmemiştir (Richard Thoma).

Avusturya modeli yargısal denetimin, "*Alman Konfederasyonu*"nun (1814-1866) ortak tarihi içinde de emsalleri bulunmaktaydı. 1848-1849 Devrimleri esnasında Frankfurt'taki tüm Alman Parlamentosu -ki o dönem itibarıyla Avusturya'yı da içeriyordu- Anayasa'da, pek çok önemli prosedürleriyle birlikte düzenlenen bir "*İmparatorluk Mahkemesi*"ne yer vermişti. Metinde, imparatorluk veya devlet Anayasa'ları'nın ihlaline karşı başvurulabilecek bir Anayasa şikayeti yolu bile öngörülmüştü (§ 126, f ve g).

Fakat, Orta Avrupa tarihi için ne acıdır ki; bu Anayasa ve onun getirdiği kurumlar, 1849'dan sonraki restorasyon döneminde varlıklarını sürdüremediler. 1918 yılından sonra otoriter monarşilerin ve 1945'ten sonra da faşist sistemlerin çöküşünün ardından ise bu model, "*yeni demokrasiler*" için daha uygun bir yöntem gibi görüldü. Anayasa hukuku, hukuk sistemi içinde en başından beri varolan bir rol geliştirmişti. Geleneksel "*Rechtsstaat*" ("*hukuk*"un, parlamentoda alınan demokratik kararlar

karşısında bir önceliğinin bulunduğu hukuk devleti ilkesi³⁾ - halk egemenliği prensibinin bir sonucu olarak- hukuk devletini, değişen çoğunluklardan gelen saldırılar karşısında korumada yetersiz kalıyordu. Kelsen (1922: 55), model işlevi gören ülkenin Amerika olmadığını doğruluyordu: "*Taslakların tümünde model işlevi gören, Alman İmparatorluk Anayasası'nın yanı sıra, İsveç Anayasası oldu*". Amerikan modeli, Avrupa tipi yargısal denetim açısından kabul görmedi. Ne var ki; Amerika'nın sağladığı entelektüel destek olmasaydı, Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi, 1945 sonrasında bu kadar hızlı bir biçimde kabul edilemezdi (cf. von Beyme 1987: 91f).

3. Büyük Britanya ve İsveç gibi, 1918 sonrasında evrensel oy hakkının tanınmasıyla birlikte tam demokrasiye geçiş yapan daha eski ve oturmuş sistemler de, Anayasa'nın, yasama organının faaliyetleri açısından bağlayıcı olduğu ilkesini kabul etmekteydiler. Ancak bu ülkelerde anayasal uyumsuzluklara zaten çok seyrek olarak rastlandığından, buralarda özel bir Anayasa Mahkemesi kurulması yoluna gidilmedi. İskandinav Ombudsman geleneği, birey haklarının korunması açısından Anayasa Mahkemesi'nin muadili gibi görünüyordu. Bununla birlikte, Anayasa'ya uygunluk denetimine sahip olan pek çok Avrupa ülkesinde aynı zamanda Ombudsmanlık Kurumu'nun da kurulması, bunun, bir Anayasa Mahkemesi'yle de uyum içinde varolabileceğini ortaya koydu. İsveç "*militie ombudsman*"ının Alman kopyası (Wehrbeauftragter), yalnızca koruyucu faaliyetlerin basit bir tekrarıyla ibaret değildi.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında Amerikan modeli -yenik ulusların, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimini "*silah zoruyla*" kabul ettikleri görüşü (bir tek Japonya hariç) abartılı bir görüş olmakla birlikte- açıkça görülebilen bir

³⁾ Yazar, Almanca "Rechtsstaat" kelimesinin İngilizce karşılığı olarak, "legal state" terimini kullanmaktadır. Terim, genellikle "hukuk devleti" ile, "kanunlara bağlı devlet" (veya "kanun devleti") modellerini birbirinden ayırmak için kullanılmakla birlikte; gerek terimin Almanca'sının içeriğinden ve gerek bu metin içinde kendisine yüklenen anlamlardan hareketle, burada doğrudan doğruya "hukuk devleti" olarak çevrilmesi tercih edilmiştir (ç.n.).

yayıma şansı elde etti. (Shapiro in: Kenney et al. 1999: 196). Amerikan modelini izleyen Japonya'daki yargısal denetim, Avrupa standartlarının altında kaldı. Bununla birlikte bu girişim, Amerikan modelinin bir "yargıçlar hükümeti"ne yol açtığı yolundaki önyarguların yanlışlığını kanıtlayarak erdemine kavuştu. Diğer taraftan, İtalya ve Almanya, Avusturya geleneğinin peşinden gittiler. İtalyan Anayasa yapıcılarını açıkça Kelsen'e atıf yaparlarken (Rolla/Groppi in: Sadurski 2002: 143, 144), bu konuda kendi geleneklerine sahip olan Almanya ise, Amerikan modelini hiçbir zaman ciddi bir alternatif olarak değerlendirmedir.

Fransa, siyasal karar alma yetkilerini yargıçlarla paylaşma konusundaki gönülsüz tavrını devam ettirdi. Bir "siyasal organ" olarak işlev görmesi amaçlanan "Conseil Constitutionnel", esasında bir mahkeme olarak düşünülmemiştir (Stone 1992: 96ff). Bunun bir Anayasa mahkemesine dönüşmesi ise, ancak De Gaulle'ün, 1948-1851 yılları⁴ arasındaki İkinci Cumhuriyet'te uygulanan "yarı-başkanlık sistemi"ni 5. Cumhuriyet Dönemi'nde yeniden diriltme çabaları çerçevesinde, yasama organı karşısında denge işlevi görecektir bir diğer organ arayışına girmesiyle gerçekleşti. De Gaulle, Dördüncü Fransız Cumhuriyeti'nin yıkımına sebep olanın, karar alma süreçlerindeki kaptırmalı tutumuyla Parlamento ve kalıcı hükümet krizleri olduğunu düşünüyordu. Anayasa'ya uygunluk denetiminin "ex ante" kararlara ve "soyut denetim"e hasredilmesi ise, yargısal denetimin sınırlanması ve halen "halk egemenliği"ne inanmaya devam eden düşmanca bir siyasal kültür ile uzlaştırılması yolunda atılan stratejik bir adımdır. Kısacası Anayasa Konseyi (Conseil Constitutionnel), başlangıçta "üçüncü bir yasama meclisi"nin özelliklerini taşıyan melez bir organ olarak düşünülmüştü (Reitz in: Kenney et al. 1999: 69). Konsey'in -ve zaman zaman da Alman Anayasa Mahkemesi'nin- yasama organında yaşanan sıcak çatışmalara dahil olma derecesi de, Amerikan

⁴ Metinde, Fransız İkinci Cumhuriyeti'ne atıf yapılırken kullanılan tarihlerde, muhtemelen basım hatasından kaynaklanan bir yanlışlık yapılmıştır. Gerçekte, Fransız 2. Cumhuriyeti'nin kuruluş yılı 1948 değil fakat 1848'dir (ç.n.).

anayasal adalet anlayışına yabancıdır. Zira Amerika'daki davaların Federal Yüksek Mahkeme'nin önüne getirilmesi, çoğu zaman, parlamenter savaşıardan arta kalan barut kokularının buharlaşmasından yıllar sonra gerçekleşmektedir.

Amerikan modeli oldukça muhafazakar bir görünüme sahiptir. Bu ülkede anayasal değişim sürecinin anayasa değişiklikleri yoluyla gerçekleştirilmesine çok seyrek olarak rastlandığından (sadece yirmi yedi değişiklik; bir de Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) bir tarafa bırakılacak olursa, iki yüz yıldan fazla bir zaman içinde yalnızca on yedi değişiklik!), değişim, esas olarak yargısal denetim yoluyla gerçekleştirilmektedir. Roma hukuku geleneğindeki gibi aşkın (excessive) bir kanunlaştırmaya dayanmayan bir ortak hukuk sisteminde, *stare decisis* -emsal kararlara bağlı kalma- prensibine ihtiyaç bulunmaktaydı. Federalist seçkinci beklentilere göreyse bu prensip, özellikle muhafazakar dönemlerde, yargıçların ömür boyu atanması kuralıyla sağlanan bir "*mahkeme hegemonyası*" ile sağlamlaştırılacak ve çok hızlı değişimler karşısında bir koruma işlevi görecekti. On yıllarca süren otoriter yönetimlerin ardından sistemlerini yeniden yapılandırmak zorunda olan ülkeler açısından ise, bu muhafazakarlık o kadar da çekici değildi; zira bu ülkelerdeki kanunların büyük bölümünün demokratikleştirilmesi ve mülkiyet yapılarının radikal bir biçimde değiştirilmesi gerekiyordu.

Avrupa modeli -Amerikan tipinin aksine- parlamenter sistemler ve Roma hukuku geleneği için daha uygundu. Fakat bu model de, hiçbir zaman gerçek manada Kelsenci bir model olmadı. Zira Kelsen'in kurumsal projesi, hayati bir yönden değişime tabi tutuldu. Kelsen, yasama ve yargı fonksiyonlarının olabildiğince ayrı kalmalarını garanti altına alabilmek amacıyla, Anayasa mahkemelerinin anayasal haklar üzerinde hiçbir yargı yetkisine sahip olmaması gerektiğini savunmuştu. Oysa Avrupa, II. Dünya Savaşı'ndan başlayarak bir "*haklar devrimi*"ne şahit oldu (Stone Sweet 2000: 38). Bu hakların tüm seviyelerdeki aşkın kanunlaştırılması da, Avrupa Anayasa Mahkemeleri'ni, bunları koruma yükümlülüğüyle karşı karşıya bıraktı.

Güney ve Doğu Avrupa'da yaşanan "üçüncü demokratikleşme dalgası" boyunca Amerika, özgürleştirici güç oldu; ancak sadece çok dolaylı bir yoldan. Avrupalı "Anayasa mühendisleri"nin Amerikan modelini kabul etmeleri için, hiçbir ekstra motivasyonları yoktu. Rusya Anayasa Mahkemesi'nin İkinci Başkanı Vladimir Tumanov'un da belirttiği üzere (in: Frowein 1998: 538), Rus uzmanların çoğu, Amerikan modelinin kendileri için uygun bir tercih olduğunu düşünüyorlardı ta ki Rusya'nın bir ortak hukuk geleneğine sahip olmadığını fark ettikleri ana kadar. Zaten önceki Başkan Zorkin'in yönetiminde 1993 yılına kadar hüküm süren aşırı aktif mahkeme anlayışı da, bu ülkede Amerikan modelinin büyük etkiler doğurmasını engellemiştir. Görülebilen yegane Amerikan tesirleri ise (Schwartz 1993: 166) -pek çok yeni demokrasinin aksine- sadece yargı faaliyetini sınırlayan hükümet tasarrufu anlayışından ibaretti. Amerikan liberalleri -başarısız bir biçimde- Doğu Avrupa'daki Aktivist Anayasa Mahkemeleri'ne -ve özellikle de Macar Anayasa Mahkemesi'ne- soyut norm denetiminden tümüyle vazgeçmelerini ve böylece Amerikan çizgisini takip etmelerini önerdiler (Ackerman 1992: 108f). "Soyut norm denetimi"nin ilga edilmesi Almanya ve İspanya'da bile tartışılırken, Avusturya-Alman modeli, isyankar azınlıkların, eski rejimlerden arta kalan çoğunluklar karşısında korunma arayışının devam ettiği Doğu Avrupa'da, popülerliğini sürdürdü (Schwartz 2000: 30).

Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetiminin, hukuk devleti (Rechtstaat) prensibinin, demokrasi ve federalizmden önce yaşama geçirilmiş olduğu ülkelerde daha kolay geliştiği yönündeki önceki varsayımım, çeşitli itirazlarla karşılaştı (von Beyme 1988: 37, Sadurski 2002: 164). Federalizm, Doğu Avrupa'da -ve hatta eski komünist kamptan hayatta kalan tek federal sistem olan Rusya'da bile- Anayasa mahkemelerinin inşası sürecinde merkezi bir rol oynamadı (von Beyme 2002). Buna karşın, hukuk devleti söylemi halen geçerliliğini korumaktadır.

Yalnızca Çek Cumhuriyeti'nin 1945 öncesinde bazı demokratik deneyimleri olmuştu; buna karşılık bütün bu yarı-otoriter devletler, komünizme geçmelerinden önceki aşamada, asgari bir takım "Rechtstaat" standartlarını oluşturmayı başarmışlardı.

Dahası, bu yeni demokrasilerin pek çoğu, "Rechtstaat" deneyimlerini Roma hukuku geleneği içinde yaşamışlardı. Kadife devrimcilerin hakim "sivil toplum" ideolojileri ile devlet karşıtı hisleri, Amerikan modelini tercih edebilirdi. Ancak "angst" - Anglo-Saxon kitaplarında bile rastlanan (Sadurski 2002: 10) Alman sözcüğü "korku"-iktidar karşısında en şüpheli yaklaşımı benimseyen model olan Alman modelinin kabulüne yol açtı.

Bununla birlikte, hiçbir yerde "saf" bir model ortaya çıkmadı. Yunanistan, yaygın denetimi benimseyen Amerikan modeline yakınlığı. Polonya, Macaristan ve Estonya gibi bazı ülkelerde Anayasa mahkemeleri, kanunların yürürlüğe girmesinden önce, bunların Anayasa'ya uygunluğu konusunda karar vermeye yetkili kıldılar. Bu, Almanya'nın çok önceden terk ettiği bir sistemdi. Romanya ise -Fransa'ya karşı olan geleneksel eğiliminin de etkisiyle- yalnızca kanunların yürürlüğe girmesinden önce yapılan bir soyut denetim türünü kabul etmektedir. Anayasa mahkemelerinin Anayasa'lardaki düzenlenişleri ve yargıçların seçimi konularında da, pek çok durumda Avusturya-Alman modelinden farklı çözümler benimsendi.

Avusturyalılar bir kez daha yeni bir model inşa ederlerken, Almanya, bu yargısal denetim modeli üzerinde emek harcama-ya devam ederek, onu, etkileri Madrid'den Moskova'ya kadar yayılan güçlü bir kurumsal yapı haline getirdi. Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi konusundaki "Avusturya-Alman modeli"nin diğer pek çok ülkedeki gelişimi de -Alman hukuki emperyalizmi sebebiyle değil, ama Alman Anayasa Mahkemesi'nin siyasal sistem içindeki konumunun, eski Avusturya modeline göre çok daha güçlü olması sebebiyle- sistemin Alman versiyonuna doğru evrildi. Geniş çalışmalara konu olan Karlsruhe Mahkemesi'nin doğurduğu etkiler, sistematik düşünmeye ve aşkın bir dokümantasyona dayanan Alman eğilimine ek olarak, aşağıdaki sebeplere de dayanıyordu:

1. Alman Anayasa Mahkemesi'nde normların profesyonel uygulanışı, değerlerin sistematik altyapısıyla birleştirildi ve Kelsen'in ötesine geçildi.

2. Başka hiçbir mahkeme, otoriterizm sonrası toplumların ihtiyaçlarına cevap verebilecek bu kadar esnek bir usulü çeşitlilik geliştiremedi.

3. Sosyal devletin gereklilikleri ile demokrasi ve birey hakları prensiplerinin birleştirilmesi gerekiyordu.

4. 1990 yılında Almanya, eski komünist ülkelerdeki nüfusun ihtiyaçlarını karşılamaya müsait bir sistem geliştirebilen tek Batı ülkesiydi.

5: Almanya'da ulusal hukukun Avrupa'nın ortaya çıkardığı gerekliliklere adaptasyonu, diğer ülkeler açısından -her zaman bir model olmasa da- en azından ilgi çekiciydi.

1. Normların, Değerler Teorisine Dayanan Sistemli Bir Temelle Birleştirilerek Uygulanması

Geçmişine yönelik büyük kızgınlıkları olan Almanya'da, iktidarın kötüye kullanımına karşı sistematik bir engel oluşturması amaçlandı. Üçüncü demokrasi dalgası ise, Güney Avrupa'da 1974'ten, Doğu Avrupa'da ise 1989'dan itibaren tarihte daha önce benzeri görülmemiş bir model arayışını başlatmıştı. Bu arayış, zaman zaman Amerikan modeline yönelir gibi gözükse de Estonya'da bile "*soyut norm denetimi*"ne karşı çok canlı bir ilginin doğumuna yol açtı (Halmai in: Frowein/Marauhn 1998: 565). Hakların aşkın korumasının, bazen Anayasa'nın demokratik yönünün felç olmasına yol açtığından şüphe edildi (Polakiewicz in: Frowein 1998: 578).

Kelsen modeli'nin metodolojik pozitivizmi, pek çok açıdan bu modelin izlenmesine engel oldu. "*Değerler*", "*kadife devrimciler*"in gözünde tehlike altındaydı. Onların ilgilendikleri şey, yalnızca normların pozitivist uygulanışı değil; aynı zamanda hukuk devleti ve demokrasiyi yerleştirmek için, Anayasa'nın pozitif-ötesi değerlerle donatılmasıydı (Hofmann in: Frowein 1998: 570). Anayasa'larda yalnızca temel haklar ve devletin teşkilatlanmasına ilişkin hükümler değil, başlangıçta belirtilen temel ilkeler ve devletin temel amaçlarını ifadesi de (Staatszielbestimmungen) yer almaktadır. Türkiye de, milliyetçilikten

refah devletine kadar (Başlangıç, genel ilkeler, m. 1-5) pek çok konuda, bu olasılığın aşkın bir şekilde kullanıldığı bir örnektir. Nitekim, bu beyanların altında yatan ihtiyaçların, sınırlı sayıdaki bazı kuralların pozitivist uygulanışıyla karşılanması da çok güçtür.

Roma hukuku geleneği tarafından çok derinden şekillenendirilen bir hukuk sisteminde, Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi prensibini hayata geçirmek kolay değildi. Buna ek olarak, Almanya'nın otoriter geleneği de, yargıçlara, devletin koyduğu kuralları geçersiz kılma yetkisi vermeye müsait değildi. Alman hukuk devleti anlayışı Rechtsstaat, iktidar meselesi konusunda tarafsız ve apolitik bir duruş olarak algılanıyordu. Bu algılama biçimi ise, İngiltere'deki "*parlamento egemenliği*" veya Birleşik Devletler'deki "*yargısal denetim*" gibi bir takım siyasal prensiplerin varlığını birer ön koşul olarak gerekli kılmıyordu.

1945 sonrasında yeni sistemin kurucuları tarafından esaslı bir değişik planlandı. Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri, pek çok sistemde olduğundan daha fazla genişletildi. Mahkeme, pek çok açıdan, kendisine örnek gösterilen ve aynı zamanda federal mahkemelerdeki hukuk ve ceza davalarının temyiz mahkemesi olarak işlev gören Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi'nden farklılaştı. Ancak Almanya'da Anayasa yargısının önemli ölçüde merkezileştirilmesi, sistemin kurucu babaları tarafından başlangıçta tahmin edilemeyen bazı yeni tehlikelerin de doğumuna yol açtı. Gerçekten, Almanya'da yargısal denetim işlevinin tek bir organın tekelinde toplanması, bu organın sistemdeki diğer anayasal yetkilere tecavüz etme ihtimalini, Amerikan modeline nazaran önemli ölçüde artırmaktadır. Dahası, Birleşik Devletler Federal Yüksek Mahkemesi, yalnızca somut olaylar hakkında yargısal denetim yapmakla görevli olup, devlet organları arasındaki çatışmalara, Alman Organstreit örneğindeki nazaran çok daha az müdahil olmaktadır. Yabancı gözlemciler, Alman Anayasa Mahkemesi'ni "*Batı Alman sisteminin en orijinal ve ilginç kurumu*" olarak tanımlamaktadırlar (Alfred Grosser).

Ancak Mahkeme, yalnızca ilerlemeci güdüler tarafından da şekillendirilmedi. Buna ek olarak, Almanya'nın demokratik geleneğindeki eksiklikler ile, siyasal katılımdan ziyade hukuki prensiplere vurgu yapan Alman eğilimi de, bu yeni organın oluşturulmasında önemli roller oynadı.

Anayasa Mahkemesi, özellikle partilerin ve Parlamento'nun çeşitli egoist tavırları veya eylemsizlikleri yüzünden önemli ölçüde itibar kaybettikleri dönemlerde, en üst düzeyde itibara sahip olan kurum haline geldi. Mahkeme'nin itibarı, Parlamento'nun, hükümetin ve hatta kiliselerin bile çok üzerine çıktı (Gabriel 1997).

Almanya'da yargı siyaseti, daima bir "*oydaşma (consensus) ruhu*" üzerine inşa edilmiştir. Solcular ise, bunun iktidara uyma anlamına geldiğinden şüpheleniyorlardı (Preuss 1987). Bu durum, özellikle 1990'dan sonra, önceden olduğundan çok daha fazla doğru hale geldi. Yargıya yüklenen bu aracılık rolü, liberallerin (FDP), Almanlar'ın Birleşmiş Milletler'e bağlı AWACS uçaklarında çalışmalarının doğru olup olmadığı konusunda bir karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmasında olduğu gibi, zaman zaman Parlamento'daki partiler tarafından suiistimal edildi (BVerfGE 90: 286ff). Hüküm, liberaller tarafından, Birleşmiş Milletler'in askeri operasyonlarını destekleme kararı almış olan hükümetin içinde bizzat yer aldıkları bir durumda, bir "*hükümet tasarrufu*"na yönelik "*sahte bir dava*" olarak kullanıldı. Almanya'da, Nazi kanunsuzluğunun ardından, hükümet tasarrufu anlayışına yer veren Amerikan doktrini kabul edilmemişti. Almanlar, bir "*lückenlosen Rechtwege-Staat*" (hükümetin hiçbir işleminin yargı denetiminden muaf olmadığı bir sistem) istiyorlardı. Türkiye'de ise, Cumhurbaşkanı ile Yüksek Askeri Şura, yargı denetimi dışında bırakılmışlardır (m. 125) ve bu, Avrupa topluluğu açısından pek de kabul edilebilir bir durum değildir. (Tekrar Almanya'ya baktığımızda ise; ç.n.), Weimar dönemi boyunca, hükümetin, dış ilişkiler, askeri meseleler ve iç güvenlik konularındaki belli bazı işlemlerinin yargı denetimi dışında kalmasını öngören "*justizfreie Hoheitsakte*" doktrinini,

burada bile hüküm sürdüğünü görmekteyiz. Buna karşın, bugün Federal Cumhuriyet'e hakim olan aşırı kanuncu anlayış ise, Anayasa Mahkemesi'nin, sık sık Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin dikkate bile almayacağı siyasal çekişmelerin içine çekilmesi sonucunu doğurmaktadır. Pek çok muhafazakar Anayasa hukukçusu, yukarıda anılan davada, Mahkeme'nin davayı kabul etmemesi gerektiği konusunda hemfikirdirler (Scholz 1999: 8). Anayasa Mahkemesi'ni siyasal çekişmeler sebebiyle suiistimal etmenin tehlikeleri, Mahkeme, "ifade özgürlüğü" ile ilgili bir davada askerlerin solcu eleştirmenler tarafından "katiller" diye nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusunda karar vermeye zorlandığında (BVerfGE 92: 2ff) veya nükleer enerji santralleri veya askeri tesislerin önünde oturma eylemleri yapan kişiler hakkında kovuşturma açılmasına izin vermek zorunda kaldığında (BVerfGE 92: 1ff) anlaşılmıştır.

2. Sosyal İhtiyaçlara Esnek Cevaplar Verebilmek Amacıyla Çeşitli Usullerle Donatılmış Esnek Bir Model

Anayasa'ya uygunluğun yargısal denetimi konusundaki Alman modeli, farklı toplumsal ve siyasal ihtiyaçlar karşısında esnek cevaplar üretmeye müsait çeşitli usuller sunuyordu. Almanya'da bir yandan "soyut Anayasa'ya uygunluk denetimi"nin mümkün olması, diğer yandan da muazzam önem taşıyan bir "Anayasa şikayeti" yolunun varlığı, yeni demokrasiler açısından çok çekici bir görünüm arz ediyordu. Bu bağlamda Çek Anayasa yapıcılarını açıkça Alman Anayasası'na göndermede bulunurlarken, Macar bilim adamları da Avusturya-Alman modeli hakkında konuşmaktaydılar (in: Sadurski 2002: 397, 190). Bu konuda yapılan uluslararası bir karşılaştırma da (Tomuschat in: Badura/Dreier 2001, vol. 1, 268), Avrupa'da en çok ilham alınan mahkemelerin, Alman ve İspanyol Mahkemeleri olduğunu ortaya koyuyordu.

Kanunen, Parlamento'nun Anayasa Mahkemesi'nde görülen davalara çeşitli şekillerde katılması mümkündür.

- Davacı (complainant) sıfatıyla;

- Davalı (defendant) sıfatıyla (§ 63, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun);

- Buntstag'ın kendisi tarafından başlatılmayan bir davada, müdahil (co-complainant) sıfatıyla (§ 65.2, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun);

- Tanık veya müşavir sıfatıyla (§ 94.1, § 23.2, Anayasa Mahkemesi Hakkındaki Kanun).

Federal Anayasa Mahkemesi, Bundestag ile karşılaştırıldığında daha güçlü bir konuma sahiptir. Parlamento, belki ilk sözü söyleme yetkisine sahip olabilir ama; son sözü söyleme yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Mahkeme'de görülen üç dava türü bulunmaktadır:

- Norm denetimi;
- Kanunların Anayasa aykırılığı hakkında vatandaşlar tarafından gündeme getirilen itirazlar;
- Devlet organları arasında çıkan ve Mahkeme'nin önüne getirilen uyumsuzluklar.

Anayasa Mahkemesi'nin kararları, yasama faaliyetleri açısından ciddi *ex post facto*⁵ sonuçlar doğurabilmektedir. Hatta, kararların ex ante etkisinden söz etmek bile mümkündür; zira yasama organı üyeleri, sıklıkla Mahkeme'ye karşı bir tür "öngörülü itaat" (anticipatory obedience) tavrı geliştirmektedirler. Muhalefetin "Karlsruhe'ye bir dilekçe göndermek" yönündeki tehditleri, Parlamento'daki tartışmaların olağan bir parçasını oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yasama süreci üzerindeki etkilerini ortaya koyan üç ayrı gösterge mevcuttur:

1. Anayasa Mahkemesi'nin denetiminden geçen kanunların sayısı;

⁵ *ex post facto*: Geçmişe yönelik etkiler doğurma (makabline şamil olma) ilkesi (ç.n.).

2. Mahkeme tarafından iptal edilen kanunların sayısı;
3. Parlamento'daki tartışmalarda, Karlsruhe'ye başvurma tehdidinin yarattığı önleyici etki.

Mahkeme'nin istatistikleri, Anayasa Mahkemesi'nin yasaama süreci üzerindeki etkilerini yansıtmamaktadır. Bu konu, yalnızca belli bazı kanunlar üzerinde seçici çalışmalar yürüten siyaset bilimcilere bırakılmış bir tür "hükümet tasarrufu" olarak görülmektedir (Landfried 1996). 1949'dan 1994'e kadar geçen süre içinde verilmiş olan ve Anayasa Mahkemesi'nin dönüşüm sürecindeki rolünü bir ölçüde aydınlatan kilit kararların pek çoğunu içeren bir çalışma bulunmaktadır (von Beyme 1998). Bu çalışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin, "Parlamento'dan geçirilen önemli kanunların mezarlığı" olduğu yolundaki yaygın önyargıları çürütmektedir.

• 5. Yasama Meclisi Dönemi'nden (1965-69) beri, iptal edilen kanunların sayısı, yıllık bazda giderek azalmaktadır. Bu olasılığın gerçekleştiği durumlarda, iptal edilen yasanın yerine bir yenisinin yapılması gerekmektedir.

• Kanun koyucunun, belli bir yasanın Anayasa'ya uygun olmadığı yönünde yumuşak bir söylemle eleştirilmesi de mümkündür: Bu durumda, yasama organının, yaptığı işi düzeltmek için çeşitli seçenekleri bulunmakta ve yasanın bu haliyle uygulanması mümkün olmamaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki; "Milletvekilleri Ödenekleri Hakkındaki Kanun" (Law on Allowances for Deputies) konusunda verilen hükmün de ortaya koyduğu üzere, bu durumlarda yasama organına bırakılan manevra alanı, söz konusu yasanın iptal edildiği durumlardakinden çok da geniş olmamaktadır.

• Yasanın Anayasa'ya uygun bir biçimde yorumlanması gerektiği yönünde ortaya konacak bir talep, açıkça görüldüğü üzere, kanun koyucunun ellerini en az bağlayan olasılıktır. "Verfassungskonforme Auslegung" (Anayasa'ya uygun yorum) olarak bilinen bu esnek yaptırım türü, yasanın Anayasa'ya uygun düşecek bir biçimde yorumlanması gerektiğini ifade

etmektedir. Bu yaptırım türü, kanun koyucunun Anayasa'yı yorumlama konusundaki esnekliğinin sınırlarını çizmekte ve "yanlış yönde bir adım daha atmama" uyarısını içermektedir. Anayasa Mahkemesi, Moskova, Varşova ve Maastricht gibi yenilik doğurucu antlaşmalar konusunda, son çare olarak bu tip müdahalelere başvurmuştur. Bu yöntemde Parlamento'nun ayrıcalıklı yetkilerine saygı gösterilmekte, ancak Almanya'da hükümet tasarrufu doktrini (yargı organlarının, önlerine gelen bir meselenin yargısal değil ancak siyasal bir nitelik taşıdığı ve başka bir devlet organının yetki alanına girdiği gerekçesiyle söz konusu davayı reddetmeleri gerektiği yönündeki anlayış) kabul edilmediğinden, anılan yönde yapılacak bir başka değişikliğin veya yorumun, Anayasa'ya uygun olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir. Böyle bir durumda Mahkeme, söz konusu yasanın, ancak ne şekilde uygulandığı takdirde Anayasa'ya uygun olacağı konusunda ayrıntılı direktifler vermektedir. Bu müdahale yöntemi, Fransa'daki "déclaration de conformité sous réserve" örneğinde olduğu gibi, diğer pek çok ülkede de giderek daha fazla benimsenmektedir (Favoreu in: Landfried 1988: 100).

- Önemli değişiklikler öngören 1969 tarihli "Ceza Kanunu Reformu" ile, yine 1969 tarihli "İşgücü Piyasasının İyileştirilmesi Hakkındaki Kanun" örneklerinde de görüldüğü gibi, yargısal denetime konu olan kilit kararların çoğu, dava konusu normun Anayasa uygun olduğu kararıyla sonuçlanmaktadır.

- Çok seyrek de olsa, bir kanun hakkında ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası üzerine gerçekleştirilen dolaylı Anayasa'ya uygunluk denetimi, alt derece mahkemenin kararının geçersiz sayılması sonucunu da doğurabilmektedir (yüz sekiz kararda yalnızca üç örnek).

Anayasa Mahkemesi'nin kendi başına harekete geçmesi mümkün olmayıp, bunun için mutlaka kendisine yapılmış olan bir başvuru gerekmektedir. "Anayasa'nın bekçisi" olarak Mahkeme'nin rolü, ihtiyatlı bir pasifizmdir; zira bu konuda takınılacak aktif bir tutum, Mahkeme'nin diğer anayasal organlar

karşısında ölçüsüz bir ağırlık kazanmasına neden olacaktır.

Mahkeme'nin yetkilerinin niceliksel önemi de değişmektedir. Anayasa şikayetleri, Mahkeme'de görülen davaların çoğunluğunu oluşturmaktadır. Soyut norm denetimi kapsamında görülen davalar, önem sıralamasında ikinci sıradadır (cf. Tablo 1). 1969 yılında yapılan Anayasa şikayetleri, gerçekleştirilen bir değişiklikte Anayasa'ya dahil edilmişlerdir. (m. 93, bölüm 1, no. 4a). Vatandaşlar açısından bakıldığında ise, bu yol, Mahkeme'nin faaliyetlerinin en önemli bölümünü oluşturmaktadır. Kamu hürriyetlerinin (civil rights) ihlal edildiğini düşünen vatandaşlar, Anayasa şikayeti yoluna başvurabilmektedirler; meğer ki, idari bir eylem sonucunda ihlal edilen bu haklar, kendi hakları olsun-Bavyera Anayasa Mahkemesi'nce buna olanak sağlanmasına karşın, üçüncü bir kişi adına yapılan şikayetlere pek sık rastlanmamaktadır. Anayasa şikayeti yoluna başvurmaya yetkili olanların sayısında zaman zaman öyle hızlı bir artış görülmüştür ki, Kamu hürriyetlerinin etkin korunması tehlikeye düşerken, Anayasa Mahkemesi de pek çok davada, aşırı zorlama gerekçelerle kendisine başvuru bir temyiz mahkemesi durumuna düşürülmüştür. Anayasa şikayetlerinin epeyce bir bölümü, her iki dairenin bu işle görevli üç yargıçtan oluşan bir komisyonu tarafından elemeyen geçirmekte ve Mahkeme'ye ulaşmamaktadır. Davaların dinlenmeye değer görülmemesinin en önemli sebepleri; başvuru için gereken zamanın geçirilmesi ve yapılan şikayetlerin, Anayasa Mahkemesi'nin değil, ama olağan mahkemelerin yetki alanına girmesidir. Anayasal seviyenin altındaki normların yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesi'nin yetki alanına girmesi ise, sadece Anayasa Mahkemesi'nin, alt derece mahkemelerinin Kamu hürriyetleriyle ilgili anayasal normları ihlal ettiğine veya bunları görmezden geldiğine hükmetmesi durumunda gerçekleşmektedir. Davaların yalnızca küçük bir bölümü, sonuçta kanunların iptali veya mahkeme kararlarının veya idari kararnamelemlerin ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanmaktadır.

Bu koruma mekanizmasının asıl hedefi, kendi hakları için dava açan kişiler veya kurumlar değildir. Korunması gereken

asıl şey; mahkemelerin, yasama organından çıkarılan kanunları görmezden gelmesi veya uygulamaması ihtimaline karşı, bizzat kanun koyucunun kendisidir. Kararnamelerin yargısal denetimini, Anayasa Mahkemesi'nin altında yer alan tüm mahkemeler gerçekleştirebilirken, kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi yalnızca Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Anayasa Mahkemesi, kendisine verilen dilekçeleri büyük bir özenle ve tam manasıyla incelemekte ve "yargısal sınırlılık ilkesi"ne, başka hiçbir alanda buradaki kadar dikkat etmemektedir. Mahkeme'nin yargısal faaliyetlerinin başka hiçbir alanında, verilen kararlar ile, vazgeçme ile sonuçlanan davaların sayısındaki zıtlık, somut norm denetimi alanında olduğu kadar dikkat çekici değildir.

Federal hükümet, devlet hükümetleri veya Federal Diet'in⁶ en az üçte biri tutarındaki üyesi tarafından başlatılabilecek olan soyut norm denetimi yolu ise, gündeme getirilmesi kuvvetle muhtemel somut norm denetimi taleplerinden bağımsız olarak, esas itibariyle azınlıkların ve muhalefetin korunmasının bir aracı olarak düşünülmektedir. Hıristiyan demokratların hakimiyetindeki Bavyera ile, sosyal demokratların yönetiminde olduğu zamanlar boyunca Hesse, Bundestag'daki muhalif pozisyonları çerçevesinde, bu yolun kullanımı konusunda başı çekmekteydiler. 1969'dan ve partilerin giderek artan kutuplaşmasından bu yana, soyut norm denetimi yolu, ağırlıklı olarak Hıristiyan demokratlar tarafından kullanılmaktadır. Bu yolla yapılan başvurular sonucunda verilen kararlar arasında; Alman Antlaşması kararı (Deutschlandvertrag 1952) (BVerfGE 1, 396), Saar meselesi hakkında verilen karar (BVerfGE 4, 157), 1966 tarihli parti finansmanı kararı (BVerfGE 20, 56), 1970 tarihli telefon dinleme kararı (BVerfGE 30, 1), 1973 tarihli İki Alman devleti arasındaki temel antlaşma hakkındaki karar (Grundlagenvertrag) (BVerfGE 36, 1) ile, 1975 tarihli Federal Konsey'in kürtaj kararı hakkında verilen karar (BVerfGE 39, 1) özellikle öne çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin yargısal sınırlılık prensibine uygun davranmaktan vazgeçtiği yönünde

⁶ Altı yüz üç üyeli Alman Ulusal Parlamentosu; Bundestag (ç.n.).

son zamanlarda dile getirilen eleştiriler de, esas itibariyle soyut norm denetimi kapsamında görülen davalarla ilgilidir. Eleştiriler, Mahkeme'nin zaman zaman farklı yargılama türlerini birbirine karıştırmasına paralel olarak artmaktadır. Örneğin; milletvekillerinin dönemsel harcamalarına ilişkin bir kanun hakkında verilen karar (BVerfGE 40, 296f), gayet doğru bir biçimde, Anayasa şikayeti kılıfına girmiş bir tür soyut norm denetimi olarak değerlendirilmiştir (Eckertz 1978, 190).

Federal-devlet ihtilafları, başlangıçta tahmin edilenden daha az bir önem arz etmekle birlikte, sayıca az olan bu tür kararların, çok önemli siyasal yansımaları olmuştur. Laender'in (Alman eyaletlerinden her biri-ç.n.) önemindeki azalma, devletler düzeyindeki partiler ile federal düzeydeki partilerin giderek artan bir biçimde birbirlerine eklemlenmeleri ve Laender tarafından başlatılan faaliyetler hakkında yürütülen federal denetimlere nadiren geçit veren idari kontroller, hep birlikte bu tip davaların azalmasına katkıda bulunmuşlardır. Bu davaların bazıları da, aslında Federasyon'la Laender arasında görülen davaların tipik örnekleri olmaktan ziyade, usulen federal-devlet ihtilafları kılıfına bürünen iktidar-muhalefet çekişmeleri olmuştur [Örneğin; Hesse'deki atom silahlanması referandumu (BVerfGE 8, 122f) ve TV Davası (BVerfGE 12, 205f) gibi].

Yüksek federal organlar arasındaki ihtilaflara da nadiren rastlanmıştır (2002 yılı sonu itibariyle yüz otuz beş karar). Bunun nedenlerinden biri de, soyut normların düzenlenişleriyle ilgili olarak yürütülen yargılamaların, şüphe durumunda, daha olası gözükten dava türü olarak değerlendirilmeye alınmasıdır. Diğer taraftan Mahkeme, bu ihtilaflar hakkında vereceği kararları o derece erteleme eğilimine girmiştir ki, söz konusu davalar aciliyetlerini kaybetmişlerdir. Bu yüzden, bu tip uyuşmazlıklarda tarafların davalarından vazgeçme oranları da hayli yüksek olmuştur. Seçim hukuku alanında ise, parti finansmanı ve %5 kuralı hakkındaki davalarda olduğu gibi, partilerin dava tarafları olarak hareket etmeleri bile mümkün hale gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin yargısal faaliyetlerin geri kalan bölümü ise, siyasal partilerin kapatılması davalarından oluş-

maktadır. Bu, şimdiye kadar, her ikisi de 1950'lerde olmak üzere, yalnızca iki kez yaşanmıştır. 1952 yılında neo-faşist SRP yasaklanırken (BVerfGE 2, 1), 1956 yılında da Komünist Parti, KDP, aynı akıbete uğramıştır (BVerfGE 5, 85).

Anayasa Mahkemesi'nin aşırı iş yükü hakkında, çeşitli önlemlerin alınmasını gündeme getiren bir tartışma bulunmaktadır. Bu konudaki en etkin çözüm yolu olarak Amerikan "hükümet tasarrufu doktrini"ni aynen devralmayı öngören bir girişim, Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir Komite tarafından reddedilmiştir (Entlastung 1998, 20).

**Tablo 1: Federal Anayasa Mahkemesi'nin İş Yükü
(1951 - 31 Aralık 2003)**

Dava Türü	Açılan Davalar	Karara Bağlanan Davalar	Karara Bağlamadan Düşen Davalar
Temel Hakların Kaybı (AY m.8)	4	3	1
Partilerin Yasaklanması (AY m. 21, 2)	8	5	3
Seçim Uyuşmazlıkları	151	120	24
Cumhurbaşkanı'nın Suçlandırılması (AY m. 61)	-	-	-
Yüksek Federal Organlar Arasındaki İhtilaflar (AY m. 93, 1 Nr. 1)	136	72	60
Soyut Norm Denetimi (AY m. 93, 1 Nr. 2)	152	91	52
Federal Land İhtilafları (AY m. 93, 1 Nr. 3)	39	25	14
Diğer Kamu Hukuku İhtilafları (AY m. 93, 1 Nr. 4)	73	37	36

DEMOKRASİ VE YARGI

KLAUS VON BEYME'NİN TEBLİĞİ	Hakimlerin Suçlandırılması (AY m. 98/2, 5)	-	-	-
	Laender Dahilindeki Anayasal Uyuşmazlıklar (AY m. 99)	24	17	5
	Somut Norm Denetimi (AY m. 100/1)	3225	994	2029
	Uluslararası Hukuk Uyuşmazlıkları (AY m. 100/2)	24	7	8
	Federe Devlet Anayasa Mahkemelerinin Ruhsatlanması (AY m. 100/3)	8	5	3
	Federal Hukukun Devam Eden Geçerliliği Konusundaki Uyuşmazlıklar (AY m. 126)	151	19	132
	Ara Kararı ve Diğer Davalar (32 BVerfGG)	1486	1075	406
	Anayasa Şikayetleri (AY m. 93/1, Nr. 4a ve b)	141023	3900/11799	16517
	TOPLAM	146539	124526	19304

Kaynak: Anayasa Mahkemesi tarafından hazırlanan yayımlanmamış istatistiksel özet, Karlsruhe 2004.

3. Bireysel Haklar ile Sosyal Devlet Bağlamındaki Sosyal İhtiyaçlar Arasında Bir Denge

Kısa bir süre öncesine kadar komünist rejimlerle idare edilen ülkeler, özgürlük ve demokrasi ihtiyaçları ile, toplumsal refahı sağlamaya yönelik olağanüstü düzenlemelere alışkın olan halklarının bu yöndeki eğilimlerini dengelemek zorundaydılar. Almanya, bu kapsamda çok gelişmiş bir refah devleti olmasına karşın, gözlemler, Doğu Avrupalılar'ın "İsveç modeli" gibi olma düşleri kurmayı tercih ettiğini gösteriyordu. Buna karşılık Alman Anayasa Mahkemesi, sosyal devletin sorunlarıyla baş etmek ve komünist refah devletlerini liberal

demokrasiye adapte etmek için bir model olma özelliği taşıyordu. Deneysel araştırmaların rakamları, sosyal politikanın, Mahkeme'nin iptal kararlarına yol açan ihtilafların en sık yaşandığı politika alanı olduğunu göstermektedir. Ekonomik ve sosyal ihtilafların yansımalarını Anayasa Mahkemesi kararları ışığında incelemek, bu uğurda harcanacak çabalara değer bir etkinlik olarak görülmüştür (Von Beyme 1998, 105 ff).

Tablo 2: Kanunların İptal Edildiği veya Anayasa'ya Uygun Olmadıklarının Beyan Edildiği Politika Alanları (1951-91)

Sosyal Politika	61
Vergi ve Maliye Politikaları	35
Hukuk Politikası	29
Devlet Organları Arasındaki Düzenlemeler	25
Ekonomi Politikası	12
Transfer Politikası	9
Eğitim Politikaları	7
İşgücü Piyasası Politikası	6
Sağlık Politikası	4
Çevre Politikası	1
Askeri Politikalar	1
Diğer	7

Anayasa Mahkemesi'nin yasama sürecine olan müdahaleleri, 1951 yılına değin uzanmaktadır. Eğer, iptal edilen veya Anayasa'ya uygun olmadığı beyan edilen kanunların istatistiğine bakılacak olursa, çeşitli politika alanları arasında net bir hiyerarşinin varlığı görülebilmektedir. Bu bağlamda sosyal politika ile finansal ve hukuki politikalar, en fazla müdahaleye konu olan politika alanlarını oluşturmaktadır (tablo 2). Anayasa

Mahkemesi'nin müdahalelerine yol açan kilit kararlar da, yasama faaliyetleri konusunda ortaya çıkan ihtilaflar hakkında iyi bir göstergedir: Kilit öneme sahip bu kararların %40'ı, Mahkeme'nin önüne çıkarılmışlardır. Anayasa Mahkemesi de, altmış kanun hakkında toplam yüz sekiz karar vermiştir. Bu noktada sorulması gereken önemli bir soru da, muhalefetteki partilerin, Anayasa Mahkemesi'ni ne ölçüde kendi veto politikalarının bir aracı olarak kullandığıdır: Verilen tüm hükümlerin %27.7'si daha sonraki yasama meclisleri döneminde yayımlandıklarından, muhalefetten gelecek hareketleri engellemektedirler. Sonraki tarihli bu kararlar, olağan bir biçimde ve aslında gerekli olmadığı halde, bir yasanın sadece yakın bir zamanda değiştirilmiş olan bölümlerini değiştirmektedirler.

Kanunların %14.8'lik bir bölümünün kısmen veya tamamen iptal edilmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin kilit bir kararın alınmasını engellediğini söylemek oldukça güçtür. Açılan davaların beşte birinde (%19.4), ilgili yasanın Anayasa'ya uygun olmadığı beyan edilirken, yasama organına karşı olumsuz bir müdahaleyi içeren kararlara ise, en çok hukuk politikası alanı ile (% 21.8) sosyal politika alanında (%19.4) rastlanmaktadır. Muhalefetin, her iki alanda da gerçekleştirilen bu müdahalelerden sorumlu tutulması ise olanaksızdır; zira bu kanunlar büyük çoğunluklarla kabul edilmişler ve dolayısıyla muhalefet oylarının da büyük bir kısmını almışlardır. Bununla birlikte, bir kanuna destek veren çoğunluğun büyüklüğü, söz konusu kanunun Anayasa'ya aykırılığı karşısında bir koruma sağlamamaktadır (örneğin; 1967'deki "*Parti Kanunu*" gibi). Karlsruhe'deki Mahkeme tarafından kabul edilmeyen kararlar arasında, 1978 tarihli "*sığınmacılar hakkındaki prosedürlerin hızlandırılması*" kararı gibi, Parlamento'da oybirliği ile alınan kararlar dahi bulunmaktadır.

Vatandaşlar için yeni haklar ve imkanlar doğuran kapsamlı (extensive) kanunlar, yargısal denetime en sık konu olan kanunlar olmuştur (%64,7). Bunu, düzenleyici önlemler izlemektedir (%42,4). İkinci grup, aynı zamanda en sık iptal edilen kanunlar grubunu oluştururken (% 21,7), yeniden tahsis kanunları

ikinci sırayı almaktadır (%18,1). Koruyucu önlemler, bu tarz düzenlemeler için Parlamento'da alınan kararların diğer karar ve işlemlere nazaran çok daha az çatışmayla yüklü olmalarına rağmen, bu önlemleri uygulamak ve bunların siyasal bedellerine katlanmak zorunda olan federal birimlerin söz konusu düzenlemeleri Anayasa Mahkemesi'ne götürmeleri sebebiyle, sıklıkla Anayasa'ya uygun olmadıkları yolunda bir beyan ile sonlanmaktadır (%35). Kapsamlı önlemler ise, çoğunlukla, bunların yorumunda Anayasa'nın koyduğu sınırlara harfiyen uyulması gerektiği yönündeki kayıtlarla damgalanmışlardır (% 33,3). Münhasıran hukuk politikası alanına ilişkin olan kararlar ise, iptal edilmişlerdir. Anayasa Mahkemesi kararlarının *ex-ante* etkisi, kanun tasarılarının hukuki kontrolünün Adalet Bakanlığı'ndan gayri-resmi yönetim organlarına geçtiği gerçeğinin de somutlaşmasına katkıda bulunmuştur. Karar alma sürecinin parlamento aşamasında, Anayasa Mahkemesi'nin eski yargıçları -kanunun esası hakkında uzman oldukları için değil, fakat sadece, Anayasa Mahkemesi'nin görüşülmekte olan konu hakkındaki olası tepkilerine dair görüşlerini ifade etmeleri için- sıklıkla Parlamento'daki görüşmelere davet edilmişlerdir. Konuyu Karlsruhe'ye taşıma tehdidi-söz konusu tehdit, 'kilit kararların' alındığı kanunların %12'sinde hiçbir zaman gerçekleşmese bile-yapılan tartışmaların çoğunda varlığını sürdürmektedir. "*Karlsruhe astrolojisi*", zaman içinde çok ilginç biçimler almıştır. Tüm anayasal emirler, bazı yargı kararları bünyesinde yorumlanmışlardır. Diğer durumlarda ise yargıçların görüşleri, belli bir karara dayanmaksızın resmedilmektedirler (12. BT 30 Haziran 1994: 20949C, 20958A). Kararların aşırıya kaçan yorumları (over-interpretation of judgments), Mahkeme'yi işlevsel kılmanın bir yolu olarak kullanılmaktadır. Kararların belli cümleleri, içinde yer aldıkları bağlam yeterince değerlendirilmeden ve söz konusu cümlelerin hükmün temel gerekçelerinden mi, yoksa sadece Mahkeme'nin kararlarında giderek daha fazla yer işgal eden *obiter dicta*'dan⁷ mı alındığı konusuna dikkat edilmeden tartışılmaktadırlar.

⁷ *obiter dictum*: Yargıç tarafından kararda değinilen, ancak bağlayıcı olmayan; arzı ve ikincil nitelikteki görüş (ç.n.).

Anayasa Mahkemesi'nin *ex-ante* etkisinin, parlamenter tartışmalarda aldığı üç biçim vardır:

- Partiler arası mücadelede kullanılan tehdit ve karşı-tehditler;
- Hükümet koalisyonlarındaki üstü örtülü ihtilaflar;
- Partiler arası uzlaşmaların sağlanması.

Siyasal ihtilaflar, Almanya'da hiç popüler değildir. Çoğu vatandaş, uyuşmazlıklarını mahkemeler aracılığıyla çözümlenmeyi tercih etmektedir. Bu eğilimin ilk örneklerinden biri, "Avrupa Savunma Topluluğu" Antlaşması (1954) konusundaki uyuşmazlık vasıtasıyla sergilenmiştir. Hıristiyan Demokratlar, SPD muhalefetini dava etmek istemişler, ancak Mahkeme, bu istemi reddetmiştir (BVerfGE 2, 145). SPD muhalefeti de Antlaşma'nın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş; ancak Mahkeme, Parlamento tarafından henüz kabul edilmeyen bir tasarruğun yargısal denetime konu olamayacağına hükmetmiştir (BVerfGE 1, 396). Mahkeme, demokrasinin yerleşmesinin bu erken dönemlerinde, siyasi partilere Parlamento'daki azınlığın ve çoğunluğun davacı sıfatıyla hareket edemeyeceklerini ve henüz varolmayan normların önleyici denetimini talep etmek yerine, aralarındaki uyuşmazlıkları siyasi yollarla çözmeye çalışmaları gerektiğini öğretmek zorunda kalmıştır (BVerfGE 2, 144, 170f, 178).

Daha sonraki olaylardaysa Parlamento, Mahkeme'ye başvurma tehdidinin siyasi kararların yerini tutamayacağını idrak etmeye başladı (9. BT 26 Mayıs 1981: 2057B, 2058B). Bazı zamanlardaysa, ayrı "Mesleki Eğitimin Geliştirilmesi Hakkındaki Kanun" a karşı açılan davada olduğu gibi, muhalefetin bu tip tehditlerle hükümeti terörize etmeye kalkışması, çeşitli nüktedanlıklara konu oldu: "Gelecekte her federal bakan, elindeki tasarıda, Mahkeme'nin siyasi kararlara dahil olmak için bahane olarak kullanabileceği en ufak bir cümle dahi bulunmadığından emin olmak için Anayasa'yı gece gündüz koltuğunun altında taşımak zorunda kalacaktır" (9. BT 1 Ekim 1981: 3190 A). Bavyera gibi muhafazakar Land'lerden gelen tehditler ise, alayla karşılandılar:

"Aslında Anayasa'ya oy bile vermediler, ama onu, hükümeti dava etmek için bir temel olarak kullanmakta hiçbir sakınca görmüyorlar" (ibidem, 3195 C).

Yeni bir muhalefet partisi olarak başlangıçta Anayasa Mahkemesi'nin muhafazakar kararlarını tenkit eden Yeşiller Partisi bile, bu stratejiyi kullanmanın avantajlarını fark eder etmez, Mahkeme'ye başvurma tehdidini -üstelik sadece tasarıların Anayasa'ya uygunluğu konusunda değil, aynı zamanda bunların yerindeliği konusunda da- kullanmaya başladı (10. BT 26 Eylül 1985: 119231). Başka bir deyimle, yargısal aktivizm eleştiriliyor, ancak partinin stratejisine fayda sağlar gibi görüldüğü andan itibaren buna davetiye çıkarılıyordu.

"Tüm Vatandaşlar için Bir Gelecek İnşa Etmeye Yönelik İkinci Kanun" örneğinde olduğu gibi, bazen koalisyonlarda meydana gelen görüş ayrılıkları da, belagatlı bir biçimde Karlsruhe'ye götürüldüler (4. BT, 5 Mayıs 1965: 90051).

Kürtaj düzenlemeleri gibi bazı durumlarda ise Anayasa Mahkemesi'nin müdahaleleri o kadar esaslı oldu ki, Mahkeme'den gelebilecek yinelenen yaptırımlardan kaçınabilmek amacıyla partiler arası uzlaşmalar gündeme geldi (12. BT, 25 Haziran 1992: 8241B, 9960ff). *"Karlsruhe'nin rakip-komutanları"*-na karşı muhalefet, zaman zaman da tartışmaların gündemine oturdu (7. BT, 7 Eylül 1975: 13885 B, 12. BT, 26 Mayıs 1994: 19971C). Parlamenterlerin ve onların hukuk uzmanlarının bir tasarıya karşı anayasal bozgunculuk başlattıkları olayların tümü, Mahkeme'nin önünde sonuçlanmadı (1980 tarihli *"Kimyasal Maddeler Hakkındaki Kanun"* örneğinde olduğu gibi). Üstelik, parlamentodaki yasal uzmanlar da, meselelerin hukuki boyutları üzerinde bile oybirliğine ulaşamamaktaydılar. Aralık 1974'te, *"İşçilerin İşyeri Yönetimine Katılmaları Hakkındaki Kanun Tasarısı"*nın görüşüldüğü bir oturumda, toplantıda bulunan uzmanların altısı Tasarı'nın Anayasa'ya uygun olduğu yönünde görüş bildirirken, diğer beşi ise, bu konudaki şüphelerini dile getirmişlerdi (Oturum tutanakları, BT, 19 Aralık 1974: 36). Bir Anayasa hukukçusu, nadiren *"tüm hukukçuların aynı zamanda hukuk siyasetini de yönlendirdiklerini"* kabul etmiştir.

Bazı durumlardaysa, Mahkeme'ye karşı gösterilen bu öngörülü itaat tavrına karşı argümanlar ileri sürülmesi, yalnızca bir zaman meselesi olarak görüldü: Bu arada Mahkeme de, halkın hukuki tavırlarında, gelecekte vereceği bir kararda görmezden gelemeyeceği bazı değişiklikler olduğunu fark etmiş olacaktır (12. BT, 26 Mayıs 1994: 8250 D). Başka bir ifadeyle, Mahkeme'de hakim olan doğal haklar doktrini üzerinde yükselen kalıcı değerler varsayımının karşısına, değerlerin tarihsel değişimi konuldu.

Bazı milletvekillerinin, Mahkeme'nin verdiği kararları, siyasetçilerin bunları eleştirme hakkının varlığını kabul etmeksizin gayet doğal karşılması üzerine, muhalefet, *"yanlış olduğu ortaya çıkan bir eleştirinin bile dile getirilmeye hakkı olduğu"* gerçeğinin demokrasinin özünü oluşturduğunu belirtti (H-J Vogel, 8. BT, 8 Haziran 1978: 7562C). Hayati önem taşıyan bazı kanunlar hakkında ise, konuyla ilgili çıkar grupları tarafından çeşitli anayasal şüpheler gündeme getirildi. Ancak, 1992 yılındaki *"sağlık sisteminin yapısal reformu"* konusunda olduğu gibi, bu itirazların çoğunluk tarafından görmezden gelinmesi (12. BT, 9 Aralık 1992: 10915 B), kazanılmış haklar bahanesiyle harekete geçirilen Mahkeme tehdidi karşısında sindirilemeyen siyasal karar alma sürecinin bir başarısı oldu.

Dar bir kanuniliğin sınırlarına hapsolmek yerine, siyasal karar alma süreçlerinin gerekliliğine vurgu yapma konusunda tüm partiler arasında varılan oydaşma, zaman zaman da Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetkilerini genişleten tutumlarıyla biçimlendi.

- Mahkeme'nin olayları tespit ve değerlendirme biçimi, giderek artan bir biçimde, müstakbel gelişmeler hakkında öngörüler ortaya koymaya dönüştü (Philippi 1971, 193);

- Mahkeme, kendisini, tehlikede bulunan konulara hasretmek yerine, geniş düzenlemeler yapma eğilimine girdi. Örneğin; *"Parlamentar Ödenekler"* konusunda verilen hüküm (BVerfGE 40, 296), anılan kanunla ilgili olarak yargıçların önünde ancak çok somut bir Anayasa'ya aykırılık iddiası bulunmasına

rağmen, kolaylıkla bir soyut norm denetimine dönüşmüştür. Mahkeme, giderek artan bir biçimde hukukilik denetiminden yerindelik denetimine kaymaktadır. Mahkeme'nin, siyasal meselelerde bile Parlamento'dan daha bilge olduğu varsayımından hareket etmesi gibi bir tehlike vardır.

- Mahkeme'nin kararları, gelecekteki siyasal aktörler açısından pek çok kısıtlamalar içermektedir. Mahkeme'nin önüne getirilen konuyla çok az bağlantısı bulunan obiter dicta'nın kararlardaki ağırlığı hızla artmaktadır. Benzer şekilde, 1970'lerden bu yana verilen kararlarda, yasama organuna giderek daha fazla harekete geçme çağrısı yapılmaktadır. Bu, zaman zaman, "meşru ve gayrimeşru çocukların hukuki durumlarının eşitlenmesi" gibi bir takım meselelerde, çeşitli insan haklarının korunması açısından gerekli olmaktadır. Buna karşın, Parti Kanunları, eğitim, kürtaj ve 1973 tarihli "Demokratik Alman Cumhuriyeti ile yapılan Temel Antlaşma" gibi pek çok konuda verilen kilit kararlarda ise hükümler, Parlamento'yu Anayasa Mahkemesi'nin vesayeti altına sokmuştur.

Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerindeki bu genişlemenin doğurduğu olumsuz sonuçlar ise, aşağıdaki başlıklar altında sıralanabilir:

- Yasama organının, Mahkeme kararlarının yayımlanmasını beklemesinden kaynaklanan siyasal karar almadaki gecikmeler;
- Milletvekillerinin kararlarının değerinin giderek düşmesi;
- Bürokrasinin ve Parlamento dışındaki partilerin etkinliğini artması.

1970'lerde yargısal aktivizm, sosyal demokrat hükümete karşı yöneltilmiş ve geniş eleştirilere konu olmuştu. 1990'lara gelindiğinde ise bu türden bir grup kararın muhafazakar hükümete yöneltilmesi, normalde Anayasa Mahkemesi'ni eleştirmekten dikkatle kaçınan en muhafazakar Anayasa hukukçuları arasında bile geniş eleştirilerin başlamasına neden

oldu. "Zayıf devlet" propagandası, "zengin yargısal denetim" in yükselişine dönüşme tehlikesini doğurdu. Yargısal aktivizm ve yargısal sınırlılık akımları, muhtemelen hiçbir zaman tüm partiler ve politikacılar açısından kabul edilebilir bir dengeye ulaşamayacaktır.

4. Mahkeme, Doğu Almanya'nın Demokrasiye Geçiş Sürecinde, "Usule Uygunluğun" (Due Process) Koruyucusu Rolünü Üstlenmiştir

Anayasa Mahkemesi, iki Almanya'nın birleşmesi sürecinde Doğu ile Batı arasında bir aracılık rolü üstlenmiş ve genel olarak, Doğu Laender'lerinde bile önemli bir saygınlığa kavuşmuştur. Demokratların yuvarlak masasının -eski komünistler de dahil olmak üzere- hiçbir alternatifi yoktu. Yeni bir Demokratik Alman Cumhuriyeti Anayasası için hazırlanan taslakların da gösterdiği üzere, eğer Demokratik Alman Cumhuriyeti yaşamaya devam edebilseydi, Karlsruhe modelinin bir kopyası da Doğu Berlin'de kurulacaktı. Birleşme sürecini etnik milliyetçilikten bile daha fazla yönlendiren bu oydaşma, "aşkın-hukuk" (meta-law) veya "anayasal milliyetçilik" olarak adlandırılmaktadır.

Radikal çoğunlukçu kararlara meraklı küçük bir azınlık dışındaki pek çok vatandaşı kapsayan bu oydaşma, vatandaşların çoğunun Karlsruhe'den çıkan "tarafsız" kararları, Bonn veya Berlin'de alınan "partizan parlamenter kararlar"a tercih ettiği apolitik bir siyasal iklimin doğumuna yol açtı. Zaten Alman geleneğinde de, öteden beri çoğunluk kararlarına karşı duyulan belli bir güvensizliğin ve Almond ile Verba'nın yeni ufuklar açan 1963 tarihli "Vatandaşlık Kültürü" çalışmalarında da belirtildiği üzere, iki Almanya'nın kırk dört yıl süren ayrılığı boyunca da varlığını devam ettiren kanuncu bir geleneğin izlerine rastlamak mümkündür.

Geçiş dönemi çalışmaları açısından sıra dışı bir konu olan Almanya, karşılaştırmalı çalışmaların ciltlerinde de çok az değinilen bir örnektir. Batı Almanya, kendi modelini Doğu'ya ihraç etmiştir. Doğu'daki seçmenlerin çoğunluğu da, Bonn'u

bu şekilde davranmaya teşvik etmişlerdir. Doğu Almanlar, belki milliyetçi duyguları yüzünden değil ama -gerçi anketlere göre Doğu'daki geleneksel milliyetçi hisler Batı'ya oranla çok daha fazlaydı (Westle 1999) Habermas'ın "*DM Milliyetçiliği*" olarak adlandırdığı düş kırıklığı yüzünden hızlı bir birleşme arzuluyorlardı. Eski komünistler bile birleşme yanlısıydılar; sadece biraz daha yavaş, biraz daha "*konfederatif*" ve belki piyasa ekonomisiyle planlı bir toplum arasındaki "*üçüncü yola*" biraz daha yakın, ama mutlaka birleşme yanlısı.

Neyse ki, bu süreçte Anayasa Mahkemesi'nin ilk işlevine başvurulmak zorunda kalınmadı: Mahkeme, Batı'daki parlamento çoğunluğu karşısında bile, yeniden birleşmenin yaşayan bir garantisini temsil etti. Batı Alman Anayasası'nun başlangıç kısmı, uzun yıllardan beri, aynı İrlanda'da olduğu gibi, bir tür ahlaki hedef olarak iki Almanya'nın yeniden birleşmesini işaret ediyordu. Eğer Bundestag, Demokratik Alman Cumhuriyeti'nin teklifini acil bir "*Anchluss*" (Birleşme) adına reddetmiş olsaydı, Doğu Alman Hükümeti konuyu Karlsruhe'ye götürebilecek ve Mahkeme de, muhtemelen yasama organını birleşme yönünde zorlayacaktı. Gerçi, varsayılan bu "*en kötü olasılık*" senaryosu gerçekleşmedi, ancak bu olay, Mahkeme'nin salt varlığının bile, siyasal arenada halen aranan bir teşvik kudreti olduğunu ortaya koydu.

Siyasal alanda yürütülen tartışmalardaki normal bir tehdit, şu şekilde formüle edilmektedir: "*Karlsruhe'den, görüşünü desteleyecek bir kanıt bulamazsın.*" Bununla birlikte, eğer kanun koyucu, iki Almanya'nın birleşmesinin maliyetini önceden bilebilseydi, muhtemelen korkulan bu senaryo gerçekleşebilirdi. Zira ekonomi uzmanlarının pek çoğu, toplamda 200 milyar Alman Markı'nu bulan bir maliyet öngörmüşler ve Almanya'nın bu meblağı neredeyse her yıl yeni baştan ödemek zorunda kalacağını asla tahmin edememişlerdi.

Piyasa toplumunun eski Demokratik Alman Cumhuriyeti topraklarına girişi, yeni Laender'lerin üstündeki yayılma başladıığında, pek çok yönden Amerikan tarihindeki "*altına hücum*" döneminde benzer görüntülerin doğumuna sebep oldu. Mah-

keme, Doğu Alman vatandaşlarının, işçilerinin ve partilerinin şanslarını korudu. Bu dönemde Mahkeme'nin verdiği ilk önemli karar, Batı'daki örneklerinin yanında daha küçük olan Doğu Alman partilerinin yararındı.

Zira Mahkeme, %5'lik seçim barajının, iki Almanya'nın birleşmesinden sonra yapılacak ilk genel seçimlerde tüm ülke toprakları üzerinden değil, eski Doğu ve Batı Almanya toprakları üzerinden ayrı ayrı hesaplanacağına hükmetti. Pek çok yorumcunun, eski komünistlerin çok geçmeden yok olacağını düşünmesi ise büyük bir yanlış oldu; zira komünistler, düzenli bir biçimde Doğu'daki oyların beşte birini almaya devam ettiler. Bu süre içinde, ayrıca bölgesel bir hükümette (Mecklenburg-Pommerania) resmi koalisyonun bir parçası olmayı bile başardılar. PDS, bu uygulamadan en çok yararlanan parti oldu, çünkü diğer tüm Doğu Alman partileri, zaman içinde silinip gittiler. Yeşiller de bu uygulamadan yararlananlar arasındaydı; zira Yeşiller, tek "*kolonileşme-karşıtları*"ydılar ve birleşen Almanya'nın farklı bölgelerindeki partiler arasında ortak bir liste oluşturması önerisine karşı çıkıyorlardı. Böylece, Batı'daki Yeşiller'in seçim barajını aşmayı başaramaması üzerine, 1990'dan 1994'e kadar Bundestag'da sadece Doğu Alman Yeşilleri temsil edildi. Bu durum, Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararı olmaksızın asla gerçekleşmezdi. Buna karşın, PDS, açtığı davaların tamamını da kazanamadı. Örneğin; Doğu Almanya'daki eski resmi devlet partisi olan SED'nin paralarına sahip çıkma girişimi, Mahkeme tarafından reddedildi (BVerfGE 84, 304ff).

Mahkeme'nin "*liberal*" birinci dairesinin imajı, çalıştıkları kurumlar iki Almanya'nın birleşmesinden sonra kapatıldığı için iş akitleri askıya alınan eski Demokratik Alman Cumhuriyeti çalışanlarının, hukuka uygun biçimde işten çıkarılmış olduklarına karar verilmesiyle sarsıldı. Bu kişiler, altı ay boyunca (daha yaşlılar içinse bu süre 9 aydı) eski maaşlarının %70'ini almaya devam ettiler. 309 Eski Doğu Alman Vatandaşı, bu "*kolektif işten çıkarmalar*" sebebiyle ayrımcılığa uğradıkları gerekçesiyle Anayasa şikayeti yoluna başvurdu. Buna karşılık Mahkeme, kolektif işten çıkarmalarda "*insanlık onurunu*"

zedeleyen bir unsur görmedi.⁸ Ancak yine de, yoksulluğu engellemek amacıyla, çocuklu kadınlara, engellilere ve yaşlı insanlara yönelik çeşitli iyileştirmelerin düşünülmesi gerektiğine hükmetti (BVerfGE 85, 167ff).

1989'da gerçekleştirilen barışçı devrimin ardından, Batı'daki muhafazakarların ve liberallerin pek çoğu, geçmiş komünist hükümet döneminde alınan kararlarının tamamını ortadan kaldıracabileceklerini düşünüyorlardı. Özellikle kamulaştırmalar, hayli tartışma konusuydu. Yalnızca Sovyet Askeri İdaresi (SMAD) tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmalar tanınıyordu. Çünkü bunlar, o dönemde Alman kontrolünün dışındaydılar ve Batı'da (ve aynı zamanda Doğu'da; çünkü, 1949'den beri Batı'daki Anayasası'nın tüm Almanlar için geçerli olduğu savunulmaktadır) Anayasa dahi henüz yürürlüğe girmemişti. Hükümet, Gorbaçov'un, Sovyetler tarafından gerçekleştirilen kamulaştırmaların tanınmasını, iki Almanya'nın birleşmesine rıza göstermesi karşılığında pazarlık payı olarak talep ettiğini savundu. Gorbaçov ise, 1991 yılında görevden ayrılmasının ardından bu iddiaları kamuoyu önünde açıkça reddetti. Nisan ayına gelindiğinde ise, Parlamento'nun 1994 yılında kabul ettiği "*Tazminat Kanunu*"na (EALG) karşı açılan bir dava, karara bağlanmayı bekliyordu. Şikayetçiler, hükümetin iki Almanya'nın birleşmesinden doğan maliyeti, Doğu Almanya'daki eski mülk sahiplerinin mülklerinin kamulaştırılması suretiyle karşılamayı arzuladığını iddia ediyorlardı. Kanun, "*tazminattan önce eski hale getirme*" (restitution before compensation) yöntemi üzerine inşa edilmiş olmakla birlikte, pek çok istisnayı da beraberinde getiriyordu. Söz konusu Kanun'a karşı dava açan eski mülk sahipleri, Gorbaçov'un duruşmaya tanık olarak çağrılmasını talep ettiler. Buna karşın Mahkeme,

⁸ "İnsanlık onuru" kavramı, Alman Anayasa Hukuku'nda, "ideal bir değer" olmanın çok ötesinde anlamlara sahiptir. Gerçekten de bu ilke, Alman Federal Anayasası'nın daha birinci maddesinde; "İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm kamu otoriteleri, buna saygı göstermekle yükümlüdürler" cümleleriyle ifade edilmekte ve Alman Anayasa Mahkemesi de, yaptığı denetimlerde söz konusu ilkeyi sıklıkla bir pozitif dayanak olarak kullanmaktadır (ç.n.).

bu talebi reddetti. Belirtmek gerekir ki bu ret, haklı bir nedene dayanıyordu; zira 1991'den 1996'ya kadar verilen daha önceki kararlarda da, Sovyetler'in engellemesi tezine değil, fakat adalet ve yerindelik iddialarına dayanılmıştı.

Gorbaçov'un, Almanya'daki Sovyet kamulaştırmalarının statüsünün korunmasını içeren bir şart koştuğu yönündeki iddialar şüpheyle karşılanmalıdır. Ancak 1990 yılının Mart ayına kadar iktidarda kalan Modrow yönetimindeki son komünist hükümetin, bu yönde bir şart koşulması için çok bastırıldığı şüphesizdir. Konu, esas itibariyle yüz hektardan büyük toprak sahiplerini ve Sovyetler tarafından güya "savaş suçlusu" ilan edilen (ki bu tabir, Sovyetler'in 1946 yılında siyasal görüşlerini beğenmedikleri herkese karşı sıklıkla kullandıkları bir tabirdi) belli bazı endüstriyel yatırımların sahiplerini ilgilendiriyordu. Sovyetler tarafından 1949 yılına kadar gerçekleştirilen bu kamulaştırmaların tanındığı hususu, Maiziére'nin yeni demokratik hükümeti döneminde (Mart-Ekim 1990) Demokratik Almanya Cumhuriyeti ile yapılan antlaşmalarla hüküm altına alındı. Federal Anayasa Mahkemesi de, içişleri ve dış ilişkiler konusunda, açıkça hükümetin "devlet aklı"na uygun bir tutum benimsedi. Aslında Hıristiyan demokratlar bile, sahip oldukları tüm çoğunluğa rağmen, Doğu Almanya'daki bütün mülkiyet ilişkilerinin ters yüz edilmesini istemiyorlardı. Devlet tarafından işletilen fabrikalar, "komünist devlet tekeli şeytanını", "demokratik devlet sermayesiyle kurulan merkezileşmiş bir tekelci kuruluş iblisiyle" kovmak gibi olmayacak bir işi başarmak zorunda bırakılan ve sermayesinin % 50'sinden fazlası devlete ait olan bir vekalet kurumuna (Treuhand) devredildi. Treuhand, bu görevi 1994 yılı sonuna dek başarıyla sürdürdü. Üstelik, bu kararlar birlikte (BVerfGE 84, 90ff), hükümet de daha geniş bir manevra alanına kavuştu. Mahkeme'deki çoğunluk görüşüne göre; Doğu Almanya'nın yeniden inşası "adil ve dürüst" olmalı, ancak özel mülkiyete ilişkin eski hale getirme uğraşları veya sonu gelmez davalarla büyük maliyetlere de yol açmamalıydı. Kısacası, "status quo ante"nin⁹ yeniden inşası olanaklı görün-

⁹ status quo ante: İşlerin ilk hali; eski durumu (ç.n.).

müyordu. Bu bilgece uzlaşma, aynı Adenauer'in daha önce Oder-Neisse bölgesinden sürülen Almanlar'a yaptığı gibi, Batı Almanya'nın da, malvarlığı kayıpları nedeniyle mülteci olarak Demokratik Alman Cumhuriyeti'ndeki Batı'ya geçen yaklaşık üç buçuk milyon Doğu Alman'ın yükünü karşılmasıyla kolaylaştırıldı.

Anayasa Mahkemesi, Birleşme Antlaşması'nın iki kez yorumlamak zorunda kaldı. Her iki durumda da Mahkeme, kararlarında "yargısal sınırlık ilkesi"ne büyük özen gösterdi. 1990'dan önce Mahkeme, pek çok konuya yaklaşımında taktığı ahlaki tutumuyla, yargısal sınırlık ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle sıklıkla eleştirilirdi. Şimdiyse, Doğu Almanlar'ın komünist yönetim altında uğradığı haksızlıklar konusunda hiçbir merhamet içermeyen kararlar verdiği için suçlanıyordu (Fromme 1996, 1). Her iki davada da Mahkeme, Birleşme Antlaşması'nda yer alan ve Anayasa'nın 143. maddesini değiştirerek, Demokratik Alman Cumhuriyeti hukukunun 1992 yılı sonuna kadar Federal hukuktan farklı düzenlemeler içermesine olanak sağlayan "bağışıklık hükmü"ne (indemnity clause) (II 4.5) sadık kaldı. Keza, Mahkeme sık sık, Doğu'daki durum hakkındaki cehaleti sebebiyle de suçlamalara muhatap oldu. Bu problem, kolaylıkla çözülebilecek gibi de değildi; zira devletin güvenlik birimleriyle işbirliği yapmayan bir hukukçunun eski Doğu Almanya topraklarında bulunması gerçekten çok zordu. Bu yüzden bu yeni topraklar, uzun bir zaman boyunca Mahkeme'de temsil edilemeden kaldılar.

Çok tartışılan bir başka karar da, Demokratik Alman Cumhuriyeti casuslarının, Demokratik Alman Cumhuriyeti hukukuna uygun davrandıkları sürece suçlu olmadıklarına dair verilen karardı (BVerfGE 93, 1). Alman Mahkemeleri, duvardan kaçmak isteyen mültecileri öldüren Demokratik Almanya Cumhuriyeti askerlerini mahkum ederken çoğunlukla "tecil" hükümlerini uyguladılar. Askerler serbest bırakıldı; çünkü bir daha aynı şeyi yapabilmelerinin mümkün olmadığı açıktı.

Bir diğer önemli konu ise kürtajdı. Batı Almanya'daki büyük Katolik nüfusun aksine, yalnızca %5'lik bir Katolik nü-

fusa sahip olan Doğu Alman Cumhuriyeti, kürtaj konusunda çok daha liberal düzenlemelere sahipti. Ancak Batı'daki çoğunluk, kendi sınırlayıcı yasalarını yeni Laender'e de dayattı. Anayasa Mahkemesi, kürtaj davalarında (BVerfGE 88, 203ff) alışlagelmiş ılımlı tavrından uzaklaştı. Mahkeme, bir kez daha yetkilerini aşarak, kanun koyucuyu bu uzlaşmanın nasıl anlaşılması gerektiğine dair detaylı talimatlarla sınırlandırdı. Doğu Alman Cumhuriyeti'nin barışçı devrimcileri, pek çok halde derin bir hayal kırıklığı içindeydiler. Bu grubun en önde gelen temsilcilerinden biri olan Bärbel Bohley, içinde buldukları durumu açıkça ifade ediyordu: *"Biz adalet istedik, fakat sadece hukuk devleti aldık."* Per se¹⁰ adalet diye bir şey olmadığını ve bu dünyada ulaşabilecek en yüksek noktanın hukuk devleti olduğunu anlamak için, Batı siyasal kültürü içinde belli bir süre daha sosyalleşmek gerekiyordu.

5. Almanya'nın Avrupa Entegrasyonu Yolundaki Çıkmazları

Dış politika alanında Anayasa Mahkemesi'nin etkileri sınırlıdır. İç politikaya ilişkin kararlarında ise, yönetime katılma konusunda verdiği kararlarda olduğu gibi, yaklaşan bir yasal değişiklik politikasını bloke edebilir. Normalde, vatandaşların temel haklarıyla ilgili konularda liberal bir tutum izleyen Anayasa Mahkemesi, dış politika söz konusu olduğunda zaman zaman muhafazakar eğilimler göstermektedir. Mahkeme'nin, daha önceden Almanya'ya ait olan topraklardan vazgeçilmesi konusunda verdiği kararları karşılaştıracak olursak; *"Saar statüsü"* hakkında verilen kararın Adenauer'in dış politikasına karşı bir güven beyanı gibi durduğunu, buna karşılık *"Demokratik Alman Cumhuriyeti Antlaşması"* ve Polonya kararlarının, daha ziyade Brandt'ın Ostpolitik'ine karşı bir güvensizlik oyu görünümü taşıdığını fark ederiz.

Doğu Avrupa'nın yeni demokrasilerinin Avrupa Topluluğu'na giriş umutları -demokrasinin pekişmesinden önce ve henüz geçiş aşamasında bulunulmasına rağmen, ve bu

¹⁰ per se: Kendiliğinden (ç.n.).

konuda beklentiler oldukça zayıf olmasına karşın- söz konusu ülkelerdeki bazı Anayasa mühendislerini, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi konusunda "Avrupa modeli"ni izlemeye yöneltmiş olabilir. Louis Favoreu, Amerikan modeline karşı çıkmak için ortaya bir ekstra gerekçe daha koymuştur: Eğer tüm yargıçlar, anayasal meselelerin yargısal denetimi işine sokulsalardı, hukuk sisteminde çok daha büyük miktarda arıtma çabasına girişmek gerekecekti. Avrupa modeli, anayasal denetim işlevini gerçekleştirmek için güvenilir ve demokratik bir Anayasa Mahkemesi kurmanın yeterli olacağı izlenimini vermektedir. Buna karşın, Rusya'da 1993 yılına kadarki dönemde Zorkin'in idaresi altında yaşanan yargısal denetim sürecinin ilk raundu da göstermiştir ki, yargısal hiyerarşinin en üst noktasında gerçekleştirilecek bir "arıtma" bile, her zaman anayasal bir demokrasiye giden yolun garantisi olmamaktadır (cf. Von Beyme 2002, 318). Bu olayda, Anayasa Mahkemesi'nin faaliyetlerini politize eden, bizzat Mahkeme Başkanı'nun kendisi olmuştu. Yugoslavya ve Polonya örneklerinde ise Anayasa Mahkemeleri, demokrasiye geçiş sürecinden daha gerilere uzanan bir geçmişe sahipti. Walesa yönetimindeki Polonya veya Yeltsin idaresindeki Rusya'daki gibi bazı durumlarda ise, demokratik değerleri yerleştirme mücadelesinde başkanlık benzeri "eski kurumlar"ın, Anayasa Mahkemesi gibi yeni kurumlardan daha etkin olduğu ortaya çıktı (Sadurski 2002, 174f).

Yargısal denetim anlayışının Avrupa Birliği içinde zafere ulaşması, bu gruptaki ülkelerin bir kısmında, bir Anayasa Mahkemesi kurmanın, Avrupa Mahkemeleri'nden gelen yaptırımların hızını kesmek için gerekli olup olmadığı tartışmasına yol açtı. Hukukun Avrupalılaştırılması süreci, hem Kıta'da, hem de başka yerlerde devam etmekte olan bir süreçtir. Birlik'ten ayrılma yönünde ortaya konulacak bir girişim ise, "hukuka aykırı" olarak değerlendirilmektedir (Frowein in: Badura/Dreier 2001, 212). Buna karşın, ulusal hukukla Birlik Hukuku'nu bir Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla uyumlulaştırmak, iyi bir alternatif olabilir. İtalya ve Almanya gibi, iç hukukun mutlak üstünlüğü ilkesini (Gesetzesvorbehalt) takip eden bazı ülke-

ler, Topluluk hukukunu iç hukuklarına kararnameler yoluyla yansıtma yolunu benimsemek zorunda kalmışlardır; zira aksi takdirde bunlar, Alman kavramlarıyla ifade edecek olursak, Anayasa'ya aykırı olacaktı. Zaten İtalya da, sırf bu amaçla çıkardığı 1987 ve 1989 tarihli kanunlarla, özel bir kanunlaştırma biçimini kabul etmiştir (Von Bogdandy 2000, 249).

Yeni yeni tomurcuklanmakta olan Avrupa hukuk sistemi, ulusal oйдаşmanın altını giderek daha fazla oymaktadır. Anayasa Mahkemesi, Avrupa ile yerel sosyal düzen anlayışlarını uyumlaştırma yönünde büyük bir işleve sahiptir. İki Almanya'nın birleşmesi, büyük bir uluslararası türbülansa yol açmıştır; ama Batı Almanya'da yaşayan insanlara soracak olursanız -birleşmenin getirdiği büyük maliyet sorunu bir tarafa bırakılacak olursa- Maastricht Antlaşması sonrasında yaşanan Avrupalılaşıma sürecinin etkileri çok daha büyük olmuştur. Bugün Parlamento'da alınan kararların %20'si (tarımsal meselelerdeyse, alınan kararların neredeyse %80'i), Brüksel'de çıkarılan tüzük ve yönetmeliklerin basit uygulama işlemlerinden ibarettir. Lüksemburg'taki Avrupa Toplulukları Adalet Divanı ve Strazburg'taki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa'nın hukuk sistemlerinin gelecekteki rotasını fiilen belirlemektedir. Bu gelişme ise, Alman Anayasa Mahkemesi'ni endişelendirmektedir. Mahkeme, Maastricht Kararı'nda, Avrupalılaşıma sürecine sınırlar çizmeye yönelik safca ve muhtemelen de nafile bir çabaya girişmiştir. Mahkeme -gayet belirgin bir Alman-merkezli ifade biçimiyle- Avrupa'nın ne bir "konfederasyon", ne de bir "federasyon" olduğunu, fakat bunların arasında yer alan "Staatenverbund" (sadece İsveçliler'in anlayabileceği ve başka dillere çevrilmesi mümkün olmayan canavar bir sözcük) benzeri bir şey olduğunu belirtmiştir. Bu Alman yorumu için söylenebilecek fazla bir şey yoktur ve anılan kelime, kaçınılmaz olarak "konfederasyon" veya "federasyon" olarak tercüme edilecektir. Anayasa Mahkemesi Başkanı Papier (2004: 5), çok katmanlı bir Avrupa sistemi içinde çatışan zaruretleri uzlaştırmaya çalışmıştır. Papier, şimdilik Anayasa "völkerrechtsfreundlich" şeklinde (ulus-üstü değerlere açık

olarak) yorumlandığı sürece, ulusal egemenliğin uluslararası normlarla çatışmadığını savunmaktadır.

Almanya, savaş sonrasında, Avrupa'nın "itaatkar bir müridi" konumunda oldu. Fakat bu süre içinde iki Almanya'nın birleşmesinin ve Topluluk bütçesine- karşılaştırmalı bir perspektiften bakıldığında, kişi başına düşen maliyet hesabına dair tüm makul sınırları net bir biçimde aşan bir miktarda- katkı yapıyor olmanın getirdiği çifte mali yükümlülük altında Almanlar, artık "iyi çocuklar" değillerdir ve yeni bütünleşme adımlarının maliyetlerini hesaplamaktadırlar. Zira Almanlar, diğer büyük ülkelerle karşılaştırıldığında bile, açık ara farkla en yüksek oranda yabancı ve mülteciyi barındıran toplum olduklarından, bu konuda bazı sınırlamalar getirmeye başlamışlardır. Aynı şekilde Mahkeme de, "çok kültürlü bir toplum" anlayışında fazla ileri gidilmesine sınırlar çizmiş ve yabancılara seçme ve seçilme hakkı tanınmasına karşı çıkmıştır (BVerfGE 83, 37ff). Yargısal aktivizm örneği oluşturan diğer kararlar ise, birleşmiş bir Almanya'nın konsolidasyonu sorunu ile pek az ilgilidir. Laik bir azınlık, Bavyera'daki tüm sınıflarda bir haç bulunması zorunluluğunun kabul edilemez olduğunu düşündüğünde, Mahkeme, bu geleneğin Anayasa'nın 4. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünü ihlal ettiğini kabul etmiştir. Postmodern bir toplum açısından kolaylıkla kabul edilebilecek olan bu karar, aslında başarısız bir teşebbüstür; zira Mahkeme yeterince dikkatli bir iş çıkaramamış ve bir süre sonra, konuyu açıklığa kavuşturabilmek amacıyla, kararının nasıl algılanması gerektiğini gösteren ikinci bir açıklayıcı not yayımlamak zorunda kalmıştır.

Anayasa Mahkemesi 1990'dan beri genellikle oldukça sağduyulu bir biçimde hareket etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, Federal Cumhuriyet'in diğer organlarına nazaran halkın en üst düzeyde güvenine sahip kurum olmak istiyorsa, kendi meşruiyetine zarar vermemek için, yargısal sınırlılık ilkesine daha fazla özen göstermek yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- Ackerman, Bruce, *The Future of Liberal Revolution*. New Haven, Yale University Press, 1992.
- Badura, Peter, Dreier, Horst (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*. Tuebingen, Mohr Siebeck, 2001, 2 vols.
- von Beyme, Klaus: *The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary systems*. In: Landfried, Christine (ed.): *Constitutional Review and Legislation*. Baden-Baden, Nomos, 1998: 21-38.
- von Beyme, Klaus, *Transition to Democracy in Eastern Europe*. Houndsnill, Basingstoke, Macmillan, 1996.
- von Beyme, Klaus, *America as a Model. The Impact of American Democracy in the World*. New York, St. Martin's Press, 1997.
- Billing, W., *Das Problem der Richterwahl zum Bundesverfassungsgericht*. Berlin, Duncker & Humbolt 1969.
- von Bogdandy, Armin, *Europäisierung der nationalstaatlichen Verfassung: Erosion eines gesellschaftlichen Grundkonsenses?* In: Schuppert, Gunnar Folke/Bumke, Christian (eds.): *Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsenses*. Baden-Baden, Nomos, 2000: 243-261.
- von Brüneck, Alexander, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien. Ein systematischer Verfassungsgerichtvergleich*. Baden-Baden, Nomos, 1992.
- BT Deutscher Bundestag (parliamentary minutes).
- BVerfGE Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen (the collection of the decisions of the Constitutional Court).
- Eckertz, R., *Die Kompetenz des Bundesverfassungsgericht und die Eigenheit des Politischen*. Der Staat. 1978: 183-203.
- Entlastung des Bundesverfassungsgerichts. Bericht der Kommission. (ed. Bundesministerium der Justiz), Bonn, 1998.
- Fromme, Friedrich: *Wer bestimmt?* *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, February 14, 1996: 1
- Frowein, Kochen A., Marauhn, Thilo (eds.), *Grundfragen der Verfassungsgerichtsbarkeit in Mittel-und Osteuropa*. Berlin, Springer, 1998.

- Gabriel, Oscar W. (ed.), *Politische Orientierungen und Verhaltensweisen im vereinigten Deutschland*. Leske & Budrich 1997.
- Griffin, Stephan M., *American Constitutionalism : From Theory to Politics*. Princeton, Princeton University Press, 1996.
- Kelsen, Hans (ed.), *Die Verfassungsgesetze der Republic Österreich, Part 5 Vienna*, Deuticke, 1922.
- Kelsen, Hans: *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*. *The Journal of Politics*, 4 1942: 183-200.
- Kenney, Sally, Reisinger, William M., Reitz, John C. (eds.), *Constitutional Dialogues in Comparative Perspective*. Houndsmill, Basingstoke, Macmillan, 1999.
- Kommers, Donalds: *Judicial Politics in West Germany*. London, Sage 1976.
- Landfried, Christiane (ed.), *Constitutional Review and Legislation. An International Comparison*. Baden-Baden, Nomos 1988.
- Landfried, Christiane, *Judicial Policy-Making in Germany, West European Politics*. 1992: 50-67.
- Landfried, Christiane, *Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber*. Baden-Baden, Nomos 2nd edition 1996.
- Papier, Hans-Jürgen, *Straßburg ist kein oberstes Rechtsmittelgericht. Ein Gespräch mit dem Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts*. *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9.12.2004: 5.
- Philippi, K. J., *Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts*. Cologne, Heymanns 1971.
- Preuss, Ulrich K., *Politik aus dem Geist des Konsenses. Zur Rechtspreschung des Bundesverfassungsgerichts*. *Merkur*. 1987: 1-12.
- Ch. Rau, *Selbst entwickelte Grenzen in der Rechtsprechung des Unites States Surpreme Court und des Bundesverfassungsgerichts*. Berlin, Duncker & Humbolt, 1996.
- Sadurski, Wojciech (ed.), *Constitutional Justice: East an West*. *The Hague*, Kluwer Law International, 2002.
- Schneider, Hans-Peter, *Richter or Schlichter? Das Bundesverfassungsgericht als Integrationsfaktor*, *Aus Politik und Zeitgeschichte B* 16, 1999: 9-19.

KLAUS VON
BEYME'NİN
TEBLİĞİ

- Scholtz, Rupert, *Das Bundesverfassungsgericht: Hüter der Verfassung oder
Eatzgesetzgeber*, Aus Politik und Zeitgeschichte B 16, 1999: 3-8.
- Schuppert Gunnar Folke, Bunke, Christian (eds.), *Bundesverfassungsge-
richt und gesellschaftlicher Grundkonsenses*. Baden-Baden, Nomos,
2000.
- Schwartz, Herman, *The New East European Constitutional Courts*. In:
Howard, A. E. Dick (ed.), *Constitution Making in Eastern Europe*,
Baltimore, John Hopkins University Press, 1993: 163-207.
- Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice i Post-com-
munist europe*, Chicago University of Chicago Press, 2000
- Starck, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im politischen Proseß der
Bundesrepublik*. Tübingen, Mohr 1976.
- Starck, Christian (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*.
Tübingen, Mohr, 2 vols. 1976.
- Starck, Christian, Weber, A. (eds.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Wes-
teuropa*. Baden-Baden, Nomos, 2 vols. 1986.
- Stone Sweet, Alec, *The Birth of Judicial Politics in France: The Constituti-
onal Council in Comparative Perspective*. Oxford, Oxford University
Press, 1992.
- Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges: Constitutional Politics in
Europe*. Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Tomuscat, Christian, *Das Bundesverfassungsgericht im Kresie anderer
nationaler Verfassungsgerichte*. In: Badura, Peter, Dreier, Horst (eds.),
Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht. Tuebingen, Mohr Se-
beck, 2001, vol. 1: 245-288.
- Vorländer, Hans, Schaal, G. S., *Die Deutungsmacht des Bundesverfas-
sungsgerichts*. Wiesbaden, Westdeutscher Verlag, 2002.
- Westle, Bettina, *Kollektive Identität im vereinten Deutschland*. Opladen,
Leske & Budrich 1999.

Oturum Başkanı: Teşekkürler.

Son konuşmacı Prof. Fazıl Sağlam; söz sizin.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM (Anayasa Mahkemesi Üyesi):* Değerli başkanlar, değerli meslektaşlarım ve saygıdeğer dinleyenler; konuşmama başlamadan önce, bana verilen bu görevin bir çeşit emrivaki olduğunu belirtme ihtiyacını hissediyorum. Türkiye Barolar Birliği Genel Sekreteri sevgili Şahin Mengü'ye bu toplantıda bana görev verilmemesini rica etmiştim, mahkemenin çok ağır bir yük altında olduğunu anlatmaya çalıştım. Anlayış göstereceğini bekliyordum, ama iki hafta önce davetiyeyi alınca adımı orada gördüm. Önce biraz kızmadım desem yalan olur, ama davetiyedeki seçkin isimleri görünce, iyi ki de emrivaki yapmışlar. En azından onlarla bir arada olma şansını yakaladım, onları dinleme imkanım oldu diye kendime bir çıkar yol aradım.

FAZIL SAĞLAM'IN
TEBLİĞİ

Bu toplantıya katılanlardan Prof. Beyme ve katılmayan Prof. Starck, Almanya'dan çok yakından tanıdığım isimler. Prof. Beyme'yi, Heidelberg'de doçentlik tezimin hazırlığını yaparken tanıdım. Kendisinin tabii haberi yoktur, ama dersine bile girdim ve dersi de çok ilginçti, yani girdiğim zaman öğrenciler ayaklanma halindeydi. Çünkü Prof. Beyme, öğrencilere, şimdi hatırladığım kadarıyla, 5-6 sayfa tutarında bir kaynakça vermişti ve kaynakçanın %70'i belki İngilizce kaynaklardan oluşmaktaydı. Tabii, bu durum Alman öğrencileri isyana teşvik etti adeta. O toplantıyı çok büyük zevkle izledim, çünkü Prof. Beyme'nin o ironik üslubuyla, Alman öğrencilerine İngilizce'nin, siyaset bilimi okuyan bir öğrenci için neden gerekli olduğunu anlattıklarını bugün gibi hatırlıyorum. Daha sonra Hagen'de, 1990'lı yıllarda partiler hukukunun iki seminerinde de Prof. Beyme ile bir arada olma imkanını buldum. Şimdi kendisiyle tekrar bir arada olmaktan mutluluk duyuyorum.

Tabii bu arada bizim duayerlerimiz de var. Oturumu yöneten Prof. Teziç ve yarınki ilk oturumu yönetecek olan Prof.

* "Demokratik Hukuk Devleti'nde Yükselen Yıldız: Yargı" başlıklı tebliğ.

Özбудun. Onlarla da birlikte olma imkanını sağladığı için TBB'ye teşekkür ediyorum.

Şimdi konumuza geliyorum. Konu başlığımız "*Temsili Demokrasinin Krizi ve Yükselen Yıldız: Yargı*". Ben daha çok bu konunun "*Yükselen Yıldız: Yargı*" bölümü ile ilgili olarak konuşacağım. Bizim yargı organımızın 1961-1980 döneminde, yani 1961 Anayasası döneminde "*Yükselen Yıldız*" olduğunda hiç kuşku yok. Bu dönem içinde yasama ve yürütme organlarından tam anlamıyla bağımsız olan ve kendi organlarını bir çeşit ko-optasyon yöntemi ile kendi içinden oluşturan yargı, Türkiye'de hukuk devletinin yerleşmesinde büyük bir rol oynamıştır. Ama biliyorsunuz 1980'lerden sonra başka yükselen değerler ortaya çıktı ve yargının yıldızındaki parlaklık azalmaya başladı. Ama 1961 Anayasası ile atılan temel o kadar sağlamdı ki, 1982 Anayasası'nın bütün olumsuzluklarına, yükselen yeni değerlerin yargıyı ayak bağı sayan anlayış ve uygulamalarına rağmen, yargı insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü koruyan temel direklerden biri olma niteliğini koruyabildi. Birazdan bunu kanıtlayan, ama birçoğumuzun belki de ilk kez duyacağı örnekleri sizleri sunacağım.

Ama daha önce konuyla yakından ilgili bir başka olaya kısaca değinmek istiyorum. Mayıs ayında Berlin'de bir konuşma yapmak üzere davetliyim. Alman bilim adamlarınca her yıl belli bir konuda düzenlenen ve "*Bitburger Gespraech*" adını taşıyan bir bilimsel toplantı. Bu yıl ki toplantının ana konusu: "*Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Girişi ile İlgili Sorunlar*" Bana önerilen konu ise şöyle: "*Die Türkei auf dem Weg in den Rechtsstaat*" yani "*Hukuk Devleti Yolunda Türkiye*" bu konu önerildiğinde ilk aklıma gelen sözcük "*önyargı*" oldu. Ama sonra düşündüm. Kendi ülkemdeki "*yükselen değerler*" yargıya çok mu farklı mı bakıyor? Üstelik yeterli bilgi sahibi de olmadan. O zaman bize düşen görev bu ön yargıyı kırmak ve Türkiye'nin bütün eksiklik ve aksaklıklara rağmen, bir hukuk devleti olduğunu anlatmak. Şimdi bunu size belli alanlarda örnek olarak seçilmiş yargı kararlarıyla anlatmaya çalışacağım.

I. Yargı Yolu Kapatılı Alanlar Konusunda Yüksek Mahkemelerimizin Bu Kısıtlamayı Aşan Kararları

Hukuk devletinin en belirleyici unsurlarından biri yargı yolu kapatılmış alanların bulunmamasıdır. Bilindiği gibi 1961 Anayasası'ndan farklı olarak 1982 Anayasası'nda bir çok alan yargı denetimi dışında tutulmuştur. Şimdi bu alanların değişik yargı yerlerince dolaylı bir yoldan nasıl yargısal denetime tabi tutulduğunun örneklerini vereceğim.

1. İlk örnek AYM'den: Bilindiği üzere Anayasa'nın 148. maddesine göre, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde çıkarılan KHK'ların Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmek mümkün değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki gerekçe ile bu yasağı olabildiğince daraltmıştır:

"Anayasa'nın 121. maddesinin öngördüğü KHK'lar yalnızca, olağanüstü hal süresince ve olağanüstü hal bölgesinde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda düzenlemeler yapan KHK'lardır. Ancak, bu koşulları taşıyan KHK kurallarına karşı ... Anayasa'ya aykırılık savı ile dava açılmaz. KHK ile yürürlüğe konulan kural, olağanüstü halin gerekli kıldığı konuya ilişkin olsa bile başka bir zamanda veya başka bir yerde olağanüstü hal ilan edilmesi durumunda yürürlüğe girebiliyorsa, başka bir anlatımla, kural konulmasına neden olan olağanüstü halin sona ermesine karşın geçerliliğini yitirmeyip yürürlüğünü sürdürüyorsa olağanüstü hal KHK kuralı sayılmazlar. Olağanüstü hal KHK kuralı niteliğinde görülmeyen kurallar ise Anayasa'ya uygunluk denetimi kapsamına girerler"¹

İşte Anayasa Mahkemesi bu gerekçeyi olağanüstü kanun hükmünde kararnamelelerin belli hükümleri üzerinde somutlaştırarak, bunlardan olağanüstü halin süresini ve bölgesini aşan hükümleri ve yasalarda değişiklik yapan hükümleri iptal etmiştir.²

¹ AYM 10.1.1991, E. 90/25, K. 91/1: AYMKD 27/1, s. 105.

² AYM 10.1.1991, E. 90/25, K. 91/1: AYMKD 27/1, s. 107; ayrıca bkz., aynı dergi, s. 402-405.

2. İkinci örneği Danıştay'dan veriyorum: 7 Aralık 1989 tarih ve E. 88/ 6 ve K. 89/ 4 sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı,³ Tabii, bu çok ünlü bir karar, birçokunuz bunu biliyorsunuz. Bu kararın mimarlarından biri de aramızda şu anda dinleyici.

Danıştay'ın bu kararı, sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli için Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan, "bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün yorumlanmasıyla ilgilidir. Biliyorsunuz askeri yönetim döneminde getirilmiş bulunan bu hükmün Anayasa'ya aykırı olup olmadığı denetlenemiyordu. Sıkıyönetim komutanının istemi üzerine görevlerine son verilen yüzlerce kamu görevlisi, Sıkıyönetim'in yürürlükten kalkmış bulunmasına rağmen, haklarında hiçbir adli ya da idari işlem bulunmadığı ya da bulunsa bile aklanmış oldukları halde görevlerine dönememekteydi. Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, hukuk devleti ile hiçbir şekilde bağdaşmayan bu haksızlığı şu gerekçe ile aşmayı başarmıştır:

"... 2766 sayılı Yasa'nın gerekçesi ve Danışma Meclisi'ndeki tartışmalar 'bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar' hükmünün sürekli bir yasaklama hükmü olarak ele alındığını göstermektedir. Ancak, sadece Yasa'nın gerekçesine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumun bizi, Yasa'nın kabul edildiği tarihteki koşullarda belirlenmiş bir sonuca götüreceği açıktır. Son derece dar ve sınırlı olan bu yorum yolu ile, sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine işine son verilenlerin sıkıyönetim kalktıktan sonra da kamu görevlerinde çalıştırılmayacakları sonucuna varılması haksız ve olumsuz birçok uygulama sorununu da beraberinde getirecektir. Örneğin; Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmış kişilerin belli koşulların oluşması halinde tecil, malikuniyetin esasen vaki olmaması sayılması, menmu hakların iadesi veya adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi gibi hukuki yollarla yeniden kamu hizmetine girmelerini mümkün olduğu bir hukuk düzeninde, kendilerine savunma olanağı verilmiş ve haklarında suçluluklarına ilişkin herhangi bir yargı

³ RG 9.2.1990 - 20428.

kararı bulunmayan kimi vatandaşlar ömür boyu bu haktan yoksun kalacaklar, böylece yargılanmış, suçluluğu hükmen sabit olmuş kişilere göre daha olumsuz bir hukuki durumun içine sokulmuş olacaklardır. ...

Yasa tasarı ve teklifleri, yasa haline geldikten sonra gerekçelerinden soyutlanarak objektif bir kimlik kazandıklarına göre, yasalarda yer alan kuralların da toplumun gereksinimlerine cevap verecek biçimde, toplumsal gelişmeye ve üst hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanıp uygulanmaları gerekir. ... Anayasa Mahkemesi'nin 28 Eylül 1984 günlü, 1 sayılı Kararı'nda da belirtildiği gibi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamına giren yasalardaki kuralların "Anayasa'nın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları" hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenlerle, ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında ve olağanüstü bir yönetim döneminde yürürlüğe konulan 2766 sayılı Yasa'daki söz konusu hükmün anlamının, amaçsal bir yorumla ve sıkıyönetimin hukuki yapısına ve bu yönetim halinde özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ... Anayasa ilkeleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir.

Bir yandan ... hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan işlemle bu işlem için öngörülen yaptırım arasında adil bir denge kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olması; öte yandan dayanağını Anayasa'nın 122. maddesinden alan ve bu maddede belirtilen durumlara bağlı olarak yürürlüğe konulan sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşıması, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması; Anayasa'nın 15 ve 122. maddelerinde sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde kısıtlanabileceğinin veya durdurulabileceğinin, ... açıklanmış olması nedenleri ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan '... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar.' ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir"

3. Üçüncü örnek Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden: Bu Mahkeme'nin 1. Daire'nin 1998 yılında verdiği bir karar

Anayasa tarafından yargı denetimi dışında tutulmuş bulunan Yüksek Askeri Şura Kararları'nın dolaylı yoldan denetimini sağlaması bakımından önem taşımaktadır. AYİM, bu kararında, YAŞ'ın bir işleminin yokluğuna karar vermek suretiyle dolaylı bir denetim sağlamaktan çekinmemiştir.⁴ Bu karara konu olan olayda, akıl hastalığı nedeniyle silahlı kuvvetlerde görev yapamayacağı yetkili askeri hastane tarafından belirlenen ve bu nederle emekliye ayırma işlemleri başlatılan bir astsubay, bu işlemler devam ederken, YAŞ tarafından disiplinsizlik nedeniyle emekliye sevk edilmiştir. AYİM, YAŞ kararının iptali için açılan davada şu kararı vermiştir:

“... akıl hastalığı nedeniyle TSK'da görev yapamaz kararlı raporu kesinleşen ve Emekli Sandığı'nca emekli işlemleri sürdürülen, böylece asker kişi statüsü sağlık nedeniyle sona ermiş bulunan davacı hakkında çok daha sonraki tarihte 'TSK'da kalması uygun değildir' sicili düzenlenerek disiplinsizlik ve ahlaki nedene dayalı olmak üzere resen TSK'da ayırma işlemine tabi tutulması konusunda Kuvvet Komutanlığı'nın anayasal ve yasal görev yetkisi bulunmamaktadır.

Ve ayırma işlemi de ağır yetki saptırması nedeniyle sakatlanıp yok hükmüne düştüğünden, 926 sayılı Kanun'un 50/c maddesi uyarınca, bu işlem üzerine kurulması zorunlu olan YAŞ kararına hukuki geçerlilik tanımak olanaksızlaşmaktadır. ...

Açıklanan nedenlerle, davacı hakkında disiplinsizlik ve ahlaki nedenle ayırma işleminin hükümsüzlüğüne ve yok hükmünde olduğunun tespitine ...”

Şimdi soruyorum. Böyle bir karardan Türkiye'de kaç kişinin haberi var?

II. Hukuk Reformu Niteliğinde Kararlar

Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararı, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu'nda yapılan reformların öncüsü niteliğindedir. Bunlardan bazılarını özet olarak sunuyorum.

⁴ AYİM 1. D, 22.1.1998, E. 97/ 149, K. 98/200: AYİMD, S. 12, Ankara 1998, s. 1132- 1152.

1. Medeni Kanun'un evlilik içi ve evlilik dışı çocukların babalarından alacakları miras hissesini farklı düzenleyen 443. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin 11 Eylül 1987 tarihli bir kararı ile eşitlik ilkesine ve miras hakkına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

2. Bunun gibi Medeni Kanun'un "*evli erkeğin zinasından doğan çocuğun babası tarafından tanınmasını engelleyen*" 292. madde hükmü de Anayasa Mahkemesi tarafından eşitlik ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.⁵ Mahkeme konuyu ayrıca Anayasa'nın 12. maddesi açısından da incelemiştir. Herkesin, yalnız insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı, kendisinin dahi vazgeçemeyeceği kimi temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öngören bu maddeye dayanılması, Anayasa'da açıkça yer almayan hak ve özgürlüklerin ("*isimsiz temel haklar*"ın) bu madde kapsamı içinde ele alınabileceğine örnek teşkil etmesi bakımından önemlidir.

3. Anayasa Mahkemesi daha önce yetmişli yıllarda Anayasa'ya aykırı görmediği TCK'nun kadın ve erkeğin zina suçlarını farklı düzenleyen 441 ve 440. maddelerini 1996 ve 1998 yıllarında verdiği kararlarla eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir.⁶

4. Medeni Kanun'un kadının bir iş veya sanatla iştigal etmesini kocasının iznine bağlı kılan 159. maddesi de Anayasa Mahkemesi'nin 1990 yılında verdiği bir kararla⁷ eşitlik ilkesine ve çalışma özgürlüğüne aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

III. Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunmasıyla İlgili Kararlar

1. Anayasa Mahkemesi'nin 1999 yılında verdiği bir karar, Terörle Mücadele Kanunu'nun Ek 2. maddesi ile ilgilidir. Bu maddeye göre, terör örgütlerine karşı yapılacak operasyonlarda,

⁵ AYM 28.02.91, E. 90/15, K. 91/5: AYMKD 27/1, s.161-183.

⁶ AYM 23.9.1996, E. 96/15, K. 96/34: AYMKD 32/2, s. 800 vd; AYM 23.06.1998, E. 98/3, K. 98/28: AYMKD 35/1, s. 205 vd.

⁷ AYM 29.11.1990, E. 90/30 ve K. 90/31.

kolluk kuvveti görevlilerinin silah kullanmaları, teslim ol emrine itaat edilmeyerek silah kullanmaya teşebbüs edilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu koşulun gerçekleşmesi durumunda görevliler failleri etkisiz kılmak amacıyla, doğruca ve duraksamadan, hedefe karşı ateşli silah kullanabileceklerdir. Anayasa Mahkemesi'nin bu düzenlemeye yönelik iptal gerekçesi şöyledir:

(Anayasa'nın 17. maddesi ile) "güvence altına alınan yaşama hakkını korumak için devlet her türlü önlemi almak yükümlülüğündedir. Yasa ile ancak zorunlu durumlarda silah kullanma yetkisi verilebilir. Silah kullanmaya yetki verilebilmesi için son fıkrada sayılan durumlarda yetkililerin silah kullanma dışında başka olanaklarının bulunmaması gerekir.

Kuralda faillerin sadece 'silah' kullanmaya teşebbüslerinden söz edilirken kolluk kuvveti görevlilerinin hedefe karşı 'ateşli silah' kullanmalarından söz edilmiş; böylece faillerin kullanmaya teşebbüs ettikleri silahın ateşli silah olup olmadığına bakılmaksızın ve başka türlü etkisiz hale getirilmeleri olanağı gözetilmeksizin küçük bir müdahale ile önlenebilecek olaylarda dahi görevlilere ateşli silahlar kullanma yetkisi verilmiştir.

Buna göre, dava konusu kuraldaki teslim ol emrine uyulmaması ve silah kullanmaya teşebbüs edilmesi, görevlilerin her zaman doğruca ve duraksamadan hedefe karşı ateşli silah kullanmalarını zorunlu kılacak nitelikte bir durum değildir. Kimi olaylarda faillerin, can güvenliğini daha az tehlikeye sokan yöntemlerle de etkisiz hale getirilmeleri olanaklı olabilir. Olayların özelliğine göre, bu yöntemlere başvurulmaksızın doğruca ve duraksamadan hedefe karşı 'ateşli silah' kullanılması yaşama hakkının zedelenmesi sonucunu doğurur. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır. İptali gerekir".⁸

Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesi, ölçülülük ilkesinin alt ilkesi olan "gereklilik ya da zorunluluk" ilkesinin de tipik bir uygulamasıdır.

2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2002 yılında verdiği bir karar, işkence uygulamasında doğrudan ve dolaylı rol

⁸ AYM 6.1.1999, E. 96/68, K. 99/ 1: RG 10.1.2001-24292.

oyनayan kişilere verilecek cezalarda belirleyici bir nitelik taşımaktadır.⁹ Kararın bu iki durumu yansıtan bölümleri aşağıda gösterilmiştir:

a. "... somut olay değerlendirildiğinde, (sanık baş komiser ve polis memurunun) bir ihbar üzerine gözaltına aldıkları her iki katılana, suçlarını söyletmek amacıyla çırılçıplak soyup, elektrik verip, testislerini sıkıp etkili eylemde buldukları ve hakaret ettikleri konusunda kuşku mevcut değildir.

Demokratik bir hukuk devletinde delil elde etme, soruşturmanın temel amacı ve kolluğun görevi olmakla birlikte, bu amaç ve görev insan hakları ihlallerini meşrulaştırıcı ve hukuka aykırı davranmanın bir mazereti olamaz. Kolluk görevlileri insan haklarına saygılı kalarak hukuka uygun bir şekilde delil elde etme görevlerini yerine getirmelidir. ...

Sanıklara isnat edilen eylemler, mağdur adedinde TCY'nin 243/1. maddesindeki suçu oluşturmakta olup, maddedeki sanık sıfatını dar yorumlayıp, yapılan insanlık dışı uygulamaları basit bir eylem olarak kabul edip TCY'nin 245/1. maddesi kapsamında değerlendiren yerel mahkeme direnme kararında isabet bulunmamaktadır.¹⁰

....

⁹ Yargıtay CGK, 15.10.2002, E. 2002/ 8-191, K. 2002/362.

¹⁰ Madde 243 - (Değişik 1. Fıkra: 4449 - 26.8.1999): "Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir."; Madde 245 - (Fıkra 1): "Kuvvei cebriye imaline memur olanlar ve bilumum zabita ve ihzar memurları memuriyetlerini icrada ve mafevkinde bulunan amirinin emrini infazda kanun ve nizamın tayin ettiği ahvalde başka surette bir kimse hakkında suumuamele veya cismen eza verecek hale cüret eder yahut o kimseyi darp ve cerheylerse üç aydan (Değişik ibare: 4449 - 26.8.1999) "beş seneye kadar hapis" ve muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezaları ile cezalandırılır. Eğer işlediği cürüm bu fiillerin fevkinde ise o cürümlere terettüp eden ceza üçte birden yarıya kadar artırılır."

b. TCY'nin 230. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçu, ceza uygulamasında memur sayılan kimsenin ... görevlerini yasa ve tüzüklerde yapılması öngörüldüğü biçimde yerine getirmemesi ... ile oluşur.

İnceleme konusu olayda ... doktor olan sanığın bu şekilde ilgili yasa ve yönetmelik hükümlerine aykırı bir biçimde, görevlilerin yanında, katılanları muayene etmeden, sözlü beyanlarına dayanarak rapor düzenlemesi, ... görevi ihmal suçunu oluşturmaktadır”.

3. Şimdi AYM ve Yargıtay'ın din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili iki kararını özetlemeye çalışacağım:

a. Anayasa Mahkemesi, 1987 yılında verdiği bir kararda Türk Ceza Kanunu'nun semavi dinler-semavi olmayan dinler ayırımını yapan ve sadece birincilere yönelik saldırıları cezalandıran hükmünü din ve vicdan özgürlüğüne (AY m. 24) aykırı bularak iptal etmiştir.¹¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“... ilahi bir kaynaktan doğan, bir Allah'a iman esasına dayanan Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık İslami anlayışa göre semavi din olarak kabul edilmektedir.

... semavi olmayan dinleri ise ilkel kabile dinleri, milli dinler, evrensel dinler olmak üzere üç kategoride toplamıştır. ...

... Din özgürlüğüne karşı işlenen cürümlerde korunmak istenilen hukuki yarar bizatili din değil, kişinin dini inanç ve din duyguları(dır) ... (Bu nedenle) 'semavi dinler' kavramı ... 175. maddenin uygulama alanını oldukça sınırlamış, kimi din ve itikatların bu yolla tesis edilmiş hukuki himayenin dışında kalmaları sonucunu doğurmuştur. ...

Modern devlette din, kimi haklara sahip olmanın bir şartı değildir. Günümüzde devlet, vicdan hürriyetine olabildiğince saygılı, bünyesinde çeşitli din ve mezheplere inananlara ve bunlara ait teşekküllere yer veren bir kurumdur... Hiçbir dine itikadı olmayanlar için

¹¹ AYM 4.11.1986, E. 86/11 ve K. 86/26; RG 22.2.1987 - 19380; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yeniden düzenlenen ilgili maddelerde bu türden ayırmıcılığa yer verilmemiştir.

de durum aynıdır. ... Dinlerden birini devlet olarak tercih fikri ayrı dinlere mensup vatandaşların kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşer. Laik devlet din konusunda inancına bakmaksızın yurttaşlara eşit davranan, yan tutmayan devlettir.

... Devletin kendisine ait bulunan cezalandırma hakkını kullanırken bireyler arasında inançlarına göre ayırım gözetmemesi gerekir. ... Din ve vicdan özgürlüğü sadece semavi dinlere inananlara özgü bir temel hak niteliğinde değildir. Ülke toprakları üzerinde yaşayan herkes bu özgürlüğe sahiptir. ..."

b. Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin "Yehova şahitleri" kararı din ve vicdan özgürlüğü ile ilgilidir. Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin, "Yehova şahitleri bir din değildir ... Din olmadığından dine ve dindara tanınan haklardan, inanmak ve inandığının gereğini yerine getirebilmek ve dinin propagandasını yapabilmek haklarından istifade edemezler" şeklindeki kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay'ın bozma kararındaki gerekçesi şöyledir:

"Din ve vicdan hürriyetinin tabii sonucu olarak mevcut veya sonradan ortaya çıkabilecek dinler arasında ayırım yapılmamış, herhangi bir dine inanıp inanmamak vatandaşın özgür iradesine bırakılmıştır. Bu nedenle kişiler evrensel olsun olmasın, herhangi bir dine inanmakta Anayasa'nın 24/son maddesinde konulan genel sınırlamayı aşmamak kaydıyla serbesttirler. Anayasal haklardan yararlanabilmek için inanılan görüşün müstakil bir din olması da gerekmez. Dinsel nitelikte olması yeterlidir. ..."

Dini bir görüşte laik ilkelere ve düzene aykırı nitelik taşıyan iman edilmiş inançlar da bulunabilir. Kişiler bu inançları nedeni ile suçlanamazlar. Laik sisteme uygun düşünme ve iman sahibi olma zorunluluğu yoktur. Zorunlu olan laik sisteme uygun davranıştır. Bu itibarla kişi laik düzene aykırı inancın Türkiye'de herkes için geçerli, bağlayıcı ve uyulması zorunlu kurallar haline getirilmesini sağlamak amacı ile örgütlenmedikçe veya bu hususta propagandada veyahut telkinde bulunmadıkça hukuka aykırı bir eyleminden söz edilemez. Bu kabul tüm dinler veya dinsel görüşler için aynı şekilde geçerlidir. ..."

... Açıklanan temel ilkelerin ışığı altında, sanıkların inançla bağlandıkları Yehova şahitliği ister müstakil bir din veya mezhep veya

tarikat isterse dinsel topluluk kabul edilsin, herhalde bir dini görüş ve düşünce sistemidir ve bu itibarla anayasanın teminatı altındadır"

Devlet Güvenlik Mahkemesi, Yargıtay'ın bu Kararı'na karşı kendi kararında direndiğinden, konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na gelmiş, Genel Kurul, 26 Mayıs 1985 gün ve E. 85/9-596 ve K. 86/293 sayılı Kararı ile 9. Daire'nin görüşlerini benimsemiştir.

4. Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2002 yılında verdiği bir karar,¹² yasalarımızda düzenlenmemiş bulunan spontane toplantı olgusunun kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü suçunu oluşturamayacağını öngören yeni bir içtihatır. Karar'ın gerekçesi şöyledir:

"Bergama ilçesi Ovacak köyünde siyanürle altın arama faaliyetini sürdüren Eurogold şirketinin çalışma alanına, bir kamyonun siyanür maddesi getirdiğine ilişkin duyum alınması üzerine, idari yargı kararıyla bu şirketin faaliyetlerinin durdurulmasına karşın, siyanürle altın arama çalışmalarını sürdürdüğü düşüncesi ve siyanürün insan yaşamını ve çevreyi olumsuz yönde etkileyeceği inancının ortaya çıkardığı ani tepkiyle yörenin değişik köylerinden gelenlerle birlikte sanıkların İzmir-Çanakkale kara yolunda önceden kararlaştırmaksızın, duyarlılık kazanmış bir konuda toplumsal refleks sonucu trafiği aksatmadan tek sıra halinde yürümelerinden ibaret eylemlerinde 2911 sayılı Yasa'nın 28/1 madde ve fıkrasında tanımlanan kanunsuz toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlememe ve yönetme suçunun unsurlarının oluşmadığı ..."

5. Sendika özgürlüğü ile ilgili son derece önemli bir karar, Askeri Yargıtay tarafından verilmiştir. Kısa adı DİSK olan Türkiye Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu ile ona bağlı yirmi sekiz sendikanın İstanbul Sıkıyönetim Komutanlığı 2 Numaralı Askeri Mahkemesi'nce kapatılmasına ilişkin bir karar, temyiz aşamasında Sendikalar Kanunu'ndaki yasaklayıcı hükme rağmen, Askeri Yargıtay 3. Daire tarafından resen kaldırılmıştır.¹³ Sıkıyönetim Mahkemesi, kapatma kararını

¹² Yargıtay 8. Ceza Dairesi, 27.6.2002, E. 02/ 949, K. 02/ 7518.

¹³ Askeri Yargıtay 3. Daire, E. 1991/122, K. 1991/437.

Sıkıyönetim Kanunu'nun 15. maddesinin (1) bendi aracılığı ile 274 sayılı Sendikalar Yasası'nın 30/4. maddesine dayanarak vermiştir.¹⁴ Sıkıyönetim Yasası'nın 15/(1) bendi, sıkıyönetim mahkemelerini, sıkıyönetime yol açan faaliyetlerle ilgili olmak kaydıyla sendikaların kapatılması konusunda yetkili kılmalıdır. 274 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 30/4 maddesi ise diğer kapatma nedenleri yanında "sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak" amacına kurulma ya da faaliyet göstermeyi de kapatma nedeni olarak düzenlemektedir. Bu arada yani davanın temyiz aşamasında yürürlüğe giren 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, Türk Ceza Kanunu'nun aynı tanımı içeren 141 ve 142 maddeleri ile Dernekler Kanunu'nun bunlara paralel hükümler içeren 5/7, 8 ve 6/2. maddelerini "şiddete başvurmeyen düşüncüyü ifade ve örgütlenme hürriyetini kısıtladığı, dolayısıyla bu hükümlerin çağdaş demokratik toplum düzeyine ulaşmak için engel teşkil ettiği" gerekçesiyle yürürlükten kaldırmıştır. Ancak Sendikalar Kanunu'nun aynı nitelikteki hükümleri yürürlükte kalmıştır.

Askeri Yargıtay AİHS'nin 11. maddesine dayanarak sendika kurma hakkının dernek kurma hakkının bir parçası olduğunu, TCK'daki asıl suçun ve Dernekler Yasası'nda bu suçun unsurlarını içeren ve derneklerin kapatılmasına yol açan yasakların yürürlükten kaldırılmış olması karşısında bunlara oranla nitel bir farklılık göstermeyen sendikal yasağın da açık bir hüküm olmasa bile yürürlükten kalkmış sayılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

6. Askeri Yargıtay'ın örnek olarak seçilen bir başka kararı, Trabzon'da yayın yapan bir televizyon kanalındaki bir programa katılan emekli bir hemşirenin askerliğe ve Güneydoğu'daki çatışmalara yönelik sözleriyle ilgili olup, 1995 yılında verilmiştir. Kararın öneminin daha iyi anlaşılabilmesi için hemşirenin yayındaki sözleri aşağıda verilmiştir: "... bugün savaş var Gü-

¹⁴ Sıkıyönetim Mahkemesi bu kararı verirken aslında 2821 sayılı Sendikalar Kanunu yürürlükteydi. Ancak Mahkeme, sendikaların kapatılması bakımından eski yasanın ilgili hükümlerini lehte hüküm olarak değerlendirdiğinden, 274 sayılı Yasa'nın 30/4. maddesini uygulamıştır.

neydoğu'da, kimlerin çocukları gidiyor, bizlerin çocukları gidiyor, zorlanıyor oraya, zengin çocukları gitmiyor. Benim şu anda askerlik çağında oğlum var. Çok açık söylüyorum burada, ben çocuğumu asker kaçağı yapacağım, göndermiyeceğim. Nedeni şudur: askerden tahta üzerinde gelen çocukların annelerine bir göstermelik madalya veriliyor. Niye ben Güneydoğu'daki bu insanlara işkence yapmak için çocuğumu göndereyim, evet işkence yapılıyor ... köyler yakılıyor ... Şu belirtmek istiyorum PKK'yı savunduğumu düşünmeyin, hiçbir zaman savunmam. Benim savunduğum bizim çocuklarımız. Şu anda hiç sebepsiz yere ölüyorlar .." Sanık bu sözleri nedeniyle askeri mahkeme tarafından iki ay hapis cezasına mahkum edilmiş, temyiz aşamasında Askeri Yargıtay 3. Daire aşağıdaki gerekçelerle mahkumiyet kararını bozmuştur:¹⁵

" ... olağanüstü hal bölgesinde işkence yapılması, ve köylerin yıkılıp yıkılması konusundaki iddialar, ilk defa sanık tarafından ortaya atılmış iddialar değildir. ... Bunlar konuşulup tartışılmadığı, bir sorun varsa çözüme kavuşturulmadığı sürece ülkenin huzur ve güvenliği kavuşturulması mümkün değildir. Demokratik bir toplumda, bir hukuk devletinde meselelerin başka bir çözüm yolu da bulunmamaktadır. Ayrıca sanığın halkı askerlikten soğutma yolunda fikrini, inancını başkalarına aşılama, yani telkinatta bulunma konusunda bir gayreti de olmadığı görülmektedir. ... Bu arada sarfettiği bazı sözler, amacı aşar nitelikte olsa da, konuşmanın tümü değerlendirildiğinde, bunların da halkı askerlik hizmetinden soğutmak kastıyla söylenmediği anlaşılmaktadır"

Askeri Yargıtay Başsavcısı'nın başvurusu üzerine konu Askeri Yargıtay Daireler Kurulu'nca, 3. Daire'nin görüşü doğrultusunda karara bağlanmıştır.¹⁶

IV. İlk Derece Mahkemesi Kararlarından Örnekler

1. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi'nin temyiz edilmediği için kesinleşen 20 Ocak 1997 gün ve E. 96/476 ve K. 97/8 sayılı Kararı, ifade özgürlüğü bakımından AİHM kararlarına para-

¹⁵ Askeri Yargıtay 3. Daire, 24.10.1995, E. 95/760, K. 95/756.

¹⁶ Askeri Yargıtay Daireler Kurulu, 7.12.1995, E. 95/128, K. 95/124.

lel özellikler taşıyan ilginç bir örnektir. Kendisiyle yapılan bir söyleşide, röportajı yapan diğer gazetecinin *"ama insan hakları yazıyoruz, istiyoruz ki toplum duyarlı olsun"* şeklindeki sözlerine karşılık olarak *"Ben istiyorum ki devlet çete olmaktan çıkıp, hukuka otursun. Elli yıldır yazıyorum. Hiç etkilenmiyor, ama elli sene daha dursam gene yazarım"* diye cevap veren Çetin Altan hakkında Türkiye Cumhuriyeti'ni neşren tahkir ve tezyif ettiği iddiası ile dava açılmıştır. Mahkeme söyleşiyi bütünlüğü içinde inceledikten sonra suçun unsurlarının oluşmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu kararın, Altan'a isnat edilen suçun tanımlandığı Türk Ceza Kanunu'nun 159. maddesinde henüz madde kapsamını daraltan değişiklik yapılmadan önce verilmiş olması kararın önemini artırmaktadır. Bu kararın mimarı da şu anda aramızda dinleyici olarak bulunuyor. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi başkanıyken verdikleri bir karar. Böyle bir derleme yaptığımı öğrenince lütfedip bana getirdi ve verirken de şunu söyledi: *"Biz bu kararı 1997'lerde verdik, ama o sıralarda bu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin düşünce özgürlüğüyle ilgili o formüllerini hiç bilmiyorduk, haberimiz bile yoktu. Ama aklın yolu birmiş. Sağduyu ile aynı yere varabiliyormuş; biz de benzer şeyler söylemişiz"*

Şimdi bu kararın gerekçesinden önemli bölümleri okuyorum:

"Düşünce açıklama ve eleştiri, demokrasinin ve uygarlığın gereğidir. Düşünce açıklama özgürlüğünün varlığı, çoğunluğun inandığı ve iktidarı kullananların dile getirdiği görüşlerin söylenebilmesiyle değil, bunlardan farklı belki de bunlara zıt düşüncelerin de ifade edilebilmesiyle anlaşılır. Farklı düşüncelerin ve çok sesliliğin tahammül ve hoşgörü ile karşılanması, yanlışların düzeltilmesi ve toplumun daha ileri ve çağdaş çizgilere ulaşması yolunda bir adım teşkil eder. Hukuk devletinin hakim olduğu demokratik bir toplum hayatının asıl teminatı, toplumun duyarlılığında ve yurttaşların bilinç ve iradesindedir.

Bu ilkeler açısından bakıldığında davada sözü edilen söyleşide konuşan Çetin Altan, topluma ve devlete dair iyileştirme dilekleriyle birlikte düşünce ve eleştirilerini belirtmekte, doğru bulmadığı tavır, görüş ve uygulamalara karşı tepkisini dile getirmektedir. Toplumun

duyarlı olması devletin tamamıyla hukuka uygun işlemesi gereğini vurgulamaktadır.

Hemen işaret edilmelidir ki çok sesliliği kabul edince tepki ve düşüncelerin ifade tarzlarında da farklılıklar olacağını kabul etmek gerekir. Dava konusu söyleşi bütünü nazara alındığında söyleşi yapılan kişinin düşüncelerini açıklaması ve doğru bulmadığı görüş ve uygulamalara karşı eleştiri ve tepkisini dile getirmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiş ve iddia edilen suç kastı ile hareket edildiği sabit görülmemiştir”

Sonuç yerine:

Biraz önce size sunduğum kararlar, uzun bir araştırmanın ürünü değildir. Biraz çaba ile bunların benzerlerini, ya da daha iyilerini de bulmak mümkündür. Kuşkusuz tüm yargı kararlarının bu niteliği taşıdığı söylenemez. Aralarında eleştirilmesi gerekenler de vardır. Ama unutmamak gerekir ki yargı da bu toplumun bir parçasıdır. Buna rağmen bu kararları üretebiliyorsa, “Yükselen Yıldız” nitelemesini hak etmiş demektir.

Son yıllarda gerçekleştirilen anayasal ve yasal reformlar, iyi değerlendirildiği takdirde yargının önünün daha da açılmasını sağlayabilir. Bunların bir kısmı dış dinamiklerin etkisiyle oluşmuşsa da yargının bunları içselleştirme yeteneği ve deneyimi mevcuttur. Öte yandan ilk derece mahkemelerin özellikle son yıllarda daha özgürlükçü bir yaklaşım sergiledikleri, yasalar karşısında aşamadıklarını sorunları Anayasa’ya aykırılık itirazı yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne gönderdikleri, gerek bu başvurular da ve gerekse nihai kararlarında AİHM kararlarına sık sık gönderme yaptıkları görülmektedir. Bu gelişmede, son yıllarda avukatlara, yargıçlara ve savcılara yönelik insan hakları eğitimi çalışmalarının etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Ancak 2001 Anayasa değişikliğinin de bunda önemli bir rol oynadığı unutulmamalıdır.

Ayrıca bu gelişmenin iki nedenle daha da yoğun bir artış göstereceğini kestirmek güç olmasa gerektir. Bu artış iki yeni nedenden kaynaklanacaktır:

- Adli ve idari yargıda AİHM kararlarının yargılanmanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmiş olması, bu tür davalarda AİHM'nin davanın yenilenmesine yol açan kararının Mahkeme üzerinde doğrudan etkili olmasını sağlayacaktır.

- 2004 yılı içinde yapılan Anayasa değişikliği, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara yasaların üstünde bir yer sağlamış bulunmaktadır. (AY m. 90/son). Bu kural, ilk planda uzman mahkemelere yöneliktir. Başka bir deyişle adli, idari ve askeri yargı alanındaki ilk derece mahkemeleri ve onların temyiz mercileri Anayasa'nın bu hükmünü uygulamakla yükümlüdür. Mahkemeler bu yükümlülüğü yerine getirirken, yasa ile sözleşme kuralları arasında bir çatışma olup olmadığını denetleyecek, böyle bir çatışma tespit ettikleri zaman sözleşme hükmünü uygulayacaklardır. Ancak bu çatışmanın yalnızca norm metinlerine bakarak belirlenmesi son derece güçtür. Çünkü sözleşme hükümleri, yasalara göre çok daha soyut bir nitelik taşımaktadır. Bunlar AİHM kararlarıyla somutlaşmaktadır. Bu nedenle mahkemelerin, AİHM kararlarına bakmadan Anayasa'nın 90. maddesine eklenen yeni kuralı uygulamaları adeta olanaksızdır. İşte bu durum AİHM'nin Türk yargı düzeni üzerindeki etkisini artıracak ikinci bir etkidir.

Oldukça pembe bir tablo çizdiğimin farkındayım. Daha da ötesi bunu bilinçli olarak yaptığımı söyleyebilirim. Yargı alanında bir yığın sorununuz ve eksiğimiz olduğunu ben de biliyorum. Ama ben şunu anlatmak istiyorum. Türkiye, hukuk devleti konusunda sosyalist bloğun çözülmesiyle bağımsızlığına kavuşan ve Avrupa Birliği'ne üyelik aşamasına girmiş bulunan bir çok ülkeye oranla onlarla kıyaslanmayacak bir deneyime ve birikime sahiptir. Şayet bu deneyim ve birikim olmasa, yargı alanında yapılabilecek en ideal reformlar bile hiç bir işe yaramaz. İşte Türkiye'nin şansı, yargı alanında yapılacak her türlü reformu yaşama geçirebilecek deneyimli bir yargı organına sahip olmasıdır.

Son olarak yargı alanındaki eksiklikler arasında en önemli gördüğüm üç tanesine başlıklar halinde belirterek konuşmamı tamamlıyorum.

Birincisi: Yargı bağımsızlığının odak noktası olan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yürütme organının fiili egemenliğinden ve dolayısıyla siyasal etkilerden kesinlikle kurtarılmalı; 1961 modeline uygun olarak yeniden yapılandırılmalıdır.

İkincisi: Yargıçların meslek içi eğitimi bağımsız bir adalet akademisiyle sağlanmalı, özellikle aktif olarak kullanabilecekleri bir dil eğitimi almaları mutlaka sağlanmalıdır. Bu nokta şimdi daha da büyük bir önem kazanmıştır. Çünkü biz artık Avrupa Birliği'ne girme süreci içindeyiz. Yargıçları meslek içi ve dil eğitimlerine özel bir önem vermezsek, Avrupa Birliği ülkeleriyle hukukumuzu bütünleştirmede büyük güçlükler yaşayabiliriz.

Üçüncüsü: Anayasa'nın etkililiğinin tüm hukuk alanlarında sağlanabilmesi için, Anayasa şikayeti (bireysel başvuru) yolu mutlaka açılmalı; Mahkeme buna uygun olarak iki daire biçiminde çalışacak bir yapıya kavuşturulmalıdır.

Süremi aşır, sabrınızı biraz kötüye kullandığım için beni bağışlayın lütfen. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkürler Fazıl Sağlam'a.

Süremiz aşılmış değil, 10 dakika da önce bitirdik, çünkü bir konuşmacımız eksikti. Ama ben burada her üç konuşmacıya, Pasquino, Beyme ve Sağlam'a teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

Çok önemli bir konuydu. Temsili demokrasinin karşı ağırlığı olarak yargı hep dile getirilir. Bir devlet gücü olarak siyasi iktidara karşı yargının getireceği denge, bir menfaat dengesi ya da bir toplum dengesi değil, bir tarafsızlaştırma dengesi olması esastır. 1960'ta yeni Anayasa, 1961 Anayasası'nı yapmakla görevlendirilen İstanbul'daki komisyondan başlayarak, kurucu Meclis ve 1961 Anayasası'yla, Türkiye hukuk devletine daha donanımlı olarak kapılarını açarken, biraz evvel Fazıl Sağlam'ın da söylediği gibi, bir birikimle gelmişti. Kadroları buna elverişliydi, yetmişmiş kadroları vardı ve o ürünler uzayan yıllarda da

kendini hep hissettirdi. 1960-80 arası yargının çok büyük işlevlerini yerine getirmesi, 1980 müdahalesini yapanları da zaten rahatsız etmişti. İlk açıklamalarda, Anayasa Mahkemesi'nden şikayetin dile getirilmesi hayli anlamlıdır; ama ondan sonraki süreçte, 1982 Anayasası'na rağmen de, yargı yıldızı yükselen bir süreci işlemekte ve geliştirmekte hiç tereddüt etmedi. O bakımdan, bugünkü konuşmacıların bize sunduğu tablo bir büyük ölçüde iyimserliği de bize getiriyor. Siyasi iktidarların, daha doğrusu parlamentodaki geçici çoğunluk ne olursa olsun, daima tasarruflarının yargı denetimiyle bir tarafsızlaşma alanına sokulacağına olan inanç da Türk toplumunda yerleşmiş bulunmaktadır.

Vaktimiz var. Ben burada son değerlendirmemi yaptıktan sonra, soru sormak isteyenlere bu imkanı vermek istiyorum. İstedığınız gibi sorularınızı sorabilirsiniz, ama kısa olmak şartıyla. Bu yorum biçiminde olmamalı, konuşmacıların getirdiklerine bir yorumdan çok, soru biçiminde olması daha isabetli olur diye düşünüyorum.

Buyurun.

Ozan ERGÜL (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı): Ben oturumun başlığına, "Temsili Demokrasinin Krizi" olgusuna da atıf yaparak sayın Pasquale Pasquino'ya bir soru sormak istiyorum: Siyasi yapıdaki istikrarsızlığın, parçalanmışlığın doğal bir sonucu olarak yargının güçlendiğinden söz etmek mümkün müdür? Eğer mümkünse kendisi bize bu konuda örnek ya da örnekler verebilir mi?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Pasquale PASQUINO: Anayasa Mahkemesi ilk örnek, ancak bugünlerde "Yargı Gücünün Küresel Genişlemesi" (*Global Expansion of Judicial Power*) başlığı altında süren daha genel bir sorunun sadece bir boyutu. Bu birkaç yıl önce bir Amerikan ve bir İsviçreli meslektaşlar Tate ve Vallinder tarafından hazırlanmış bir kitabın ismi ve açıkçası bu genişlemenin bir

TARTIŞMA

çok nedeni olduğuna inanıyorum. Bunlardan sadece bir kaçını belirteceğim. Birincisi anayasa yargısı, ikincisi toplumumuzda, bir çok insanın inandığının aksine, devlet anlaşmazlıkların çözümünde gittikçe daha fazla rol oynuyor. Geleneksel toplumlarda ya bu işler aile veya toplum dışına çıkmaz ya da daha eski bir aracı, kiliseler, loncalar ve sosyal gruplar tarafından halledilirdi. Bu bireyselleşme süreci yüzünden gittikçe daha fazlası, yani demek istediğim önceki nesillerde sorunları olan bir çift normalde anlaşmazlıklarına bir çözüm bulmak için anne babalarına giderlerdi. Şimdi yargıya gidiyorlar. Bu da üçüncü örnek. Yargıçların anlaşmazlıkların çözümünde gittikçe artan rollerinin yanında, yargısal bakışın söylediğimiz gibi yargının göz önünde tutulmasının yanında. Üçüncü boyut hakkında düşünün, farklı sorunlar var ve hepsini düzgün sıraya koyamıyorum. Ticari sorunlar yargısal çözümün konusu haline geldi ve ben çok fazla konuşmak istemiyorum, söylemek istediğim çok farklı sebepler var.

Masaya getirmek istediğim son nokta, ortada bir tür, bu sadece benim ülkeme has değil, bir çok ülkede böyle; politikacılara karşı yargıçların atanmalarının suiistimal edilebileceği konusunda güven eksikliği var. Bu konuda yargımı belirtmiyorum, sadece sosyal bir gerçeği anlatıyorum. Yargıçların politik yozlaşmaya polislik yapması isteniyor. Bu yargıçların gittikçe artan güçlerinin çok önemli bir boyutu. İşin aslı toplum yargıçlardan politik yozlaşmayı kontrol altında tutmalarını istiyor.

Av. Ömer DEDEOĞLU: Sorum sayın Pasquino'ya olacak: Avrupa Birliği'ne girmek için Kopenhag Kriterleri'nin yerine getirilmesi istendi ve bu Kriterler'in yerine getirildiği de kendileri tarafından söylendi. Buna karşın son anda gündemde olmadığı halde Kıbrıs meselesi ortaya çıkarıldı. Sayın Pasquino Avrupa Birliği'ne bizim girmemiz için bazı bedeller ödememiz gerektiğini söyledi. Acaba Avrupa Birliği'ne almamak için bize yerine getirilmeyecek bedeller mi ödetilmek isteniyor?

Prof. Dr. Pasquale PASQUINO: Bu soruyu bay Chirac'a ve bay Schröder'e sormalısınız. Avrupa Birliği'nde ben yetkili değilim. Size söyleyebileceğim şey bundan daha da kötü. Bili-

yorsunuz, asıl problem eğer Avrupa Birliği'ne katılırsanız, on yıl içinde Türkiye'nin en büyük ülke olması. Öyleyse samimi olalım ve gerçeği söyleyelim. Yaygın endişe bu. Hiç tartışmasız bir gecede kabul edileceksiniz, pekala, yarın sabah. Ama öyle kalabalıksınız ki ve nüfus artış oranınız %2.5. Benim ülkenim nüfus artış oranı sıfır gibi bir şey ve böyle giderse İtalya ortadan kaybolacak. Türkiye'nin bizimle olmasından çok memnun olurum, böylece ülke hayatta kalır. Bazı insanlar benimle aynı fikirde değiller ve söylediğim gibi yetkili ben değilim. Bunun bir problem olduğunu kabul etmelisiniz ve sanırım ortada hakkında kişisel görüş sahibi olmadığım ciddi meseleler var. Kıbrıs gibi, gittikçe büyüyen Kürt problemi gibi, bu sadece Türkiye'nin problemi de değil ve daha önce söylediğimi tekrar etmek istiyorum: Endişelenmeyin şu anda asıl problem İngiliz onayı. Bu insanlar, birçok kişi asıl büyük güçlük hakkında konuşmaktan kaçınmak için Türkiye'nin yayılmasından söz edildiğine inanıyor. En büyük güçlük anayasal antlaşmanın onaylanması, Türkiye değil. Türkiye ertesi günkü problem olabilir, bekleyip görelim. Olaylar geliyor ve bunu nasıl sürüp gittiğini bilmiyoruz. Fakat asıl problem çok çok kalabalıklaşacak olmanız ve temel sorun bu. İslamcılıktan ve hukuk devletinden çok çok daha önemli. Burası çok iyi bir hoşgörü geleneği olan bir ülke. Alman meslektaşlarım İkinci Dünya Savaşı sırasında Ankara ve İstanbul üniversitelerinde ders vererek bir çok Alman Yahudi'nin hayatta kalabildiklerini biliyorlar. O yüzden bizimde sizden öğreneceklerimiz var. Sadece aceleci olmayın. Önümüzdeki beş yıl içerisinde bir çok şey olabilir ve bir çözüm bulabiliriz. Çok fazla kalabalık olmamaya çalışın.

Oturum Başkanı: Peki teşekkürler.

Arkadaşlar tabii meslektaşlarımız akademisyen gözüyle bakıyorlar Avrupa'nın sözcüsü olmadıkları için, biraz da öyle değerlendirmek lazım.

Osman Bey buyurun.

Osman CAN (Anayasa Mahkemesi Raportörü): Osman Can, Anayasa Mahkemesi raportörü, ama burada akademik

TARTIŞMA

kimliğimle de konuşmak istiyorum. Sorum sayın Fazıl Sağlam'a olacak. Anayasa Mahkemesi'nin özellikle yükselen yıldız olduğundan söz edildi ki, bunu biz de bir şekilde kabul ediyoruz, ama sanırım yükselirken bir yandan da ağır ve hantal yapısı nedeniyle çamlar devirerek yükselen bir yıldız. Bu boyutuna da belki siz değinecektiniz, ama herhalde burada değinmekte yarar vardır. Özellikle gölge anayasa yaratan Anayasa'nun Geçici 15. maddesi. Anayasa Mahkemesi burada kontra konstitüsyon hukuk yaratamadı. Bunu beğenmediğimiz parlamento ortadan kaldıracıydı. Fahişeliği meslek edinen kadınlara karşı, tecavüzü cezayı indirim konusunda Anayasa Mahkemesi pek bir şey yapamadı. Yine namus cinayetinde indirim sağlayan yasalarda Anayasa Mahkemesi bir şey yapamadı. Siyasal partilerin kapatılması konusunda özellikle Anayasa Mahkemesi'nin tutumunun daha sonra bumerang etkisini de burada hatırlamaya çalışıyorum. Düşünce özgürlüğüne bakış açısı, bunlar Anayasa Mahkemesi'nin ideolojik, geleneksel muhafazakarlık refleksi olarak belki tanımlanabilir ama aynı zamanda da demokratik meşruiyet ile doğrudan doğruya bağlantılı konulardır. Şimdi bütün bu sorunları bir bakıma parlamento yasama organı ya da Anayasa'yı değiştirici organ bu sorunları çözdü. Şimdi sempozyumun başlığıyla da değerlendirirsek, acaba Anayasa Mahkemesi yükselen yıldız olmasına rağmen siyasal iktidarın ya da temsili demokrasinin içine düştüğü meşruiyet krizine paralel bir meşruiyet krizi içerisinde değil midir acaba?

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM: Sevgili Osman Can bana bu soruyu Anayasa Mahkemesi'nde de sorabilirdi. Ama ne yapalım, burayı seçmiş. Tabii Osman'ın değindiği bazı noktalarda -hepsinde değil- gerçek payı var. Başka bir konuşmada belki onları daha ayrıntılı açıklayabilirdim. Bu konuda benim de söyleyeceğim çok şey var. Ama benim bu konuşmada vermek istediğim mesaj başkaydı. Bizim entelektüellerimizin, hukukçularımızın yanlış ve önyargılı bir anlayış içinde olduklarını gördüğüm için ben bu konuşmayı yaptım. Amacım bu ön yargıları kırmak biraz özgüven vermektir. Eleştirici olmak da bilgi sahibi

olmaktan geçiyor. Tabii ki, bizde bir sürü aksaklık var. Benim bugüne kadar yazdığım karşı oy yazıları okunursa, onlara katılmadığım bir çok noktayı görmek zaten mümkün. Ama bu işin doğasında olan bir şey. Kötü kararlar bizde olduğu gibi, Fransa'da da var, İtalya'da da var. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 1999-2001 arasındaki üç yıllık dönemde İtalya'nın altı yüzün üstünde olayda AİHS'nin ihlal ettiğini tespit etti. Aynı dönem Türkiye'deki ihlal iki yüz civarındaydı. Aksaklıklar her ülkede olabilir, önemli olan bunları aşma azmini göstermektir ve bunun için de yeterli bir deneyime ve bunun sağlayacağı bir özgüvene sahip olmaktır. Ben bunu vurgulamak için bu konuşmayı yaptım ve Avrupa'da doktora eğitimi görmüş biri olarak iddia ediyorum, örneklerini verdiğim kararlardan bazılarını Avrupa Mahkemeleri veremez. Ayrıca Osman'ın söyledikleri arasında bir noktaya katılmıyorum: Geçici 15. maddeyi niye aşamadık diyor. Çünkü Geçici 15. madde, açıkça, konsey döneminde, yani askeri yönetim döneminde çıkan kanunların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemediğini belirtiyor. Böylesine açık bir hüküm kendi ülkelerinde olsa, acaba Avrupa'da hangi Anayasa Mahkemesi bunu aşabilirdi? Bu da bir soru. Ama 1995 Anayasa değişikliğinden sonra, ben şunu savundum. Dedim ki Geçici 15. madde nedeniyle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen kanunların sonradan bir virgülden dahi değişse, bu değişiklik, onları Geçici 15'in kapsamından çıkarıyor. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı böyle olmalı. O zaman aynı mantıkla Anayasa'daki radikal değişikliklerin kapsamı içindeki yasaların da geçici 15'in kapsamı dışında kalması gerekmiyor mu? Ben bu düşüncemi her toplantıda savundum. İşte Yalçın bey karşımda oturup yine bana dik dik bakıyor. Ne zaman bu konuyu açsam, "Yeter, yahu şu Geçici 15'ten bahsetme artık" diye hep bana takılırdı. Ama zamanla Anayasa Mahkemesi'nin sanıyorum en az dört üyesi bu görüşü benimsedi ve bunu karşı oy yazılarında belirtti. Şimdi bu maddeden kurtulmuş durumdayız, 2001 değişikliği ile artık bu hüküm kaldırıldı. Şu anda Anayasa Mahkemesi askeri yönetim zamanında çıkarılan bütün kanunları da denetleyebilecek bir duruma geldi.

TARTIŞMA

Fahişelere yönelik ırza tecavüz suçunu işleyenlere ya da namus cinayeti işleyenlere cezai indirim öngören maddeler konusunda Osman bey haklı. Bu kararları Anayasa Mahkemesi nasıl verdi ben hala şaşıyorum. Şu anda Mahkeme üyelerimizin de çoğu şaşıyor buna, ama o dönem o kararlar verilmiş.

Düşünce özgürlüğüne gelince, düşünce özgürlüğü konusunda benim farklı bir yaklaşımım var. Türkiye’de Anayasa Mahkemesi soyut ve somut norm denetimi yapar. Yani Anayasa şikayeti yok, bireysel başvuru yok. Başka bir deyişle Anayasa Mahkemesi somut olay bazında düşünce özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini inceleyemiyor. Halbuki, asıl ihlaller o somut olaylarda ortaya çıkıyor. Onun için dikkat ederseniz, Yargıtay’ın ya da Danıştay’ın kararlarında düşünce özgürlüğünü koruyan birçok karar görürsünüz. Çünkü somut olay onların önüne geliyor, yani bu mahkemeler somut olay bazında inceleme yapıyorlar. Anayasa Mahkemesi ise sadece normu denetliyor. İşte bu normu denetlerken, -belki Osman’ın haklı olduğu taraf odur- her zaman düşünce özgürlüğüne açılım getirecek bir yaklaşım içine girmedi. Ama örneğin; Polis Vazife ve Salahiyetleri Hakkındaki Kanun’la ilgili kararında önemli ölçüde bir demokratik açılım getirdiğini de kabul etmek gerekir.

Az önce söylediğimi tekrarlayacağım: Anayasa Mahkemesi de bu toplumun bir parçasıdır, toplumdaki etkilenmemesi mümkün değildir ve şunu göz önünde tutmadan bunları değerlendirmek de doğru olmaz: Türkiye’de rejimi tehdit eden hareketler ve örgütler vardır, bölünme konusunda, anti-laik örgütlenme konusunda. Bu bir gerçektir ve Anayasa Mahkemesi’nden, bunları görmezlikten gelerek, bu tür tehdit ve tehlikelerden uzak olan Avrupa’daki mahkemeler gibi karar vermesini de bekleyemezsiniz. Çünkü Anayasa Mahkemesi, buranın, bu toprağın bir mahkemesidir ve insan haklarını koruma işlevi birinci işlevi olmakla birlikte, demokratik rejimin temel ilkelerini de korumakla görevlidir, yani laikliği korumakla görevlidir, insan haklarına dayalı devleti korumakla görevlidir, devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü, üniter yapısını

korumakla görevlidir. Bunlar Anayasa'nın değerleridir, yani anayasal kural haline gelmiş, ilke haline gelmiş değer yargıdır. Anayasa Mahkemesi bunların üzerine çıkamaz. Bunları yorumlarken daha özgürlükçü bir açılım getirmesini bekliyorsanız onda size katılıyorum, ben de aynı görüşteyim.

Yavuz SABUNCU (Siyasal Bilgiler Fakültesi): Ben bu konuşmadaki açıklamalar ile ilgili bir şey söyleyecektim. 2001 yılında kaldırıldı Geçici 15. maddenin ilgili fıkrası, ama 1995'te Anayasa değişiklikleri içinde yer almasına rağmen, gizli oylamada reddedildi. Geçici 15. maddenin koruyucusu 2001 yılına kadar Türkiye Büyük Millet Meclisi oldu, sadece bunu söylemek istedim.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Daha önce tanıtılmışım o yüzden sadece meslektaşım bay Sağlam'a sorumu soruyorum ve sorum yine inanç özgürlüğü hakkında. Bu konferansa hazırlanırken Prof. Ergun Özbudun'un en son anayasal düzenleme paketi hakkındaki yazısını okudum ve orada deniliyor ki, diğer dinlerin artık vakıf kurabilecekleri, mülk edinebilecekleri, kiliselerini muhafaza edebilecekleri ve ibadet edebilecekleri bu konuda iyi ilerlemeler kaydedildiği söyleniyor.

Benim sorum özellikle Ortodoks Kilisesi İstanbul'daki Patrikhane ve Katolik Kilisesi hakkında. İbadet etmek ve dininizin gereklerini yerine getirmek dışında genç insanları da eğitmeniz gerekir, çünkü gençler dinin yeni gelen üyeleridir ve gençleri eğitmek için papazlar yetiştirmeniz gerekir ve bu yazıyı okuduğumda anladığım kadarı ile Katolik Kilisesi'nin yanı sıra en azından Ortodoks Kilisesi de bu ülkede papaz yetiştirmekte aşırı güçlüklerle karşılaşılıyorlar. Bu konunun geçmişini Avrupa'nın en büyük ülkelerinden birinde, bir milyondan fazla Müslüman'ın bulunduğu Almanya'da araştırdım ve biz onlara okullarda sıradan bir öğrenme konusu olarak İslam dinini öğrenme fırsatı veriyoruz. Müslümanlık dininden muhataplar bularak ders programı ve fırsatlar hakkında görüşmeye çalışıyoruz. Buradaki yasal bir statüye sahip kiliselerde Katolik ve Bizans, yani Ortodoks Kiliseleri'nde kendi papazlarını yetiştirmek, gençlerini eğitmek çok zor. Ne zaman, nasıl ve hangi

TARTIŞMA

şekilde onlara bunu yapabilmeleri için fırsat vereceksiniz?

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM: Bu konu tabii çok tartışılan, karmaşık bir konu. Bir çok boyutları var. Türkiye’de Cumhuriyet’ten önce kurulan misyoner örgütler var, bunların açtıkları çeşitli okullar var. Şu anda halen bunlar eğitim faaliyetlerine devam ediyorlar. Lozan Anlaşması’nda bu tür, yani Türk vatandaşı olanları kastetmiyorum, Türk vatandaşı olmayan dini örgütlerin Türkiye’deki faaliyetleri Lozan Anlaşması ile mevcut statülerinin korunması kaydıyla o faaliyetlere devam olanağı tanınmıştır. Yani burada bir sınırlama vardır, o örgütler yine faaliyetlerine devam ederler ancak genişleyemezler, yani alanlarını genişletemezler. Mevcut kazanılmış hak, bir çeşit kazanılmış hak olarak, mevcut faaliyetlerine devam ederler. Şimdi buradaki örgütlerde tüzelkişilik yoktur çoğunda. Ben bunlardan bazılarını avukat olarak yardımcı olmaya çalıştığım için biliyorum. Tüzelkişilikleri olmadığı için, mal mülk edinme durumları da mümkün değildir, yani kişiler ancak mal edinebilir. “*Kongregasyon der Barmherzigen Schwestern*” diyelim. Şimdi bunun bir tüzelkişiliği yoktur, ama bunlar Avusturya Saint George Hastanesi’ni işletirler ve Avusturya Lisesi’nde de katkıları vardır. Ama tüzelkişilikleri olmadıkları için bunların çalıştıkları okulların mülkiyeti Avusturyalı bir özel kişiye aittir. Örneğin; dini cemaate yakın bir baron yediemin olarak bu görevi alır, ama öldükten sonra da bir sürü problem çıkar. Varislerine geçecek mi geçmeyecek mi, halbuki hastaneyi ya da okulu asıl işleten tabii ki adı geçen Kongregasyondur. Bunların mal mülk edinmemelerinin nedeni, tüzelkişi olmamalarıdır. Buradan diğerine geliyorum, yani Türk vatandaşı olanların, Rumlar’ın, Ermeniler’in hakları, Lozan’da tabii güvence altına alınmış hakları var. Ama uygulamada zaman zaman bu haklarda da bazı geri gidişlere rastlanmadı değil, ama bunlar bir çeşit misilleme gibi uygulandı. Yunanistan’daki Türk azınlıklara orada yapılan işlemlere misilleme tarzında uygulamalar oldu. Ama giderek bunlar azalıyor ve şimdi bunların vakıf kurmaları ve mal mülk edinmelerinin önü şu anda bildiğim kadarıyla açılmış durumda.

Patrikhane'nin, yani Rum Patrikhanesi'nin ruhban yetiştirme konusuna gelince, bu konuda Anayasa Mahkemesi özel yüksek okulların devletleştirilmesi ile ilgili kararı, bahane edilerek ruhban okulu kapatıldı. Oysa biz o kararda diyoruz ki, eğitim devletin önde gelen görevidir, onun için üniversiteler ancak devlet eliyle kurulur, özel üniversiteler olamaz. Bugün de çok farklı olduğunu sanmayın, bugün vakıf üniversiteleri var, ama vakıf üniversiteleri de kamu tüzelkişisidir, özel değildir. Tabii ki, Türk üniversitelerindeki eğitim de laik bir eğitimidir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı uygulamada bir yanlışa yol açtı. *"Ruhban Okulu liseden sonra eğitim verdiği için bir yüksekokuldur ve yüksekokul da ancak devlet üniversitelerinde laik bir eğitim düzeni içinde, yani ancak ilahiyat fakültelerinin bünyesinde olabilir"* şeklinde bir yaklaşımla Ruhban Okulu o dönemde kapatıldı. Oysa Anayasa Mahkemesi kararında, Patrikhane'nin Ruhban Okulu ile ilgili tek satır bulamazsınız. Yani bu kararda Ruhban Okulu'nun da kapatılması gerektiği şeklinde herhangi bir ifade yer alınamıştır. Ama uygulamada buna dayandılar. Bence yapılan yanlışlardan biriydi, ben bunun yanlış olduğuna inanıyorum, çünkü Heybeliada Ruhban Okulu'nun Anayasa Mahkemesi'nin özel yüksek okullar kararı ile bir ilgisinin bulunmadığını, bu okulun Lozan Anlaşması'nın kapsamı içinde olması gerektiğini düşünüyorum, yani orada verilen haklar içinde. Ama tabii, sayın hocam Teziç'le de bu konuyu tartışmak için bir araya gelmiştik. Onun da ekleyeceği şeyler olabilir. Ama ben sonuç olarak şunu söyleyeyim bugün Patrikhane'nin vakıf kurarak böyle bir eğitimi yapmasına bir engel bulunduğunu sanmıyorum. Ama ben öyle anlıyorum ki, Patrikhane böyle istemiyor, yani o ekümenik olma iddiasının bir parçası olarak farklı bir boyutta, yani kendisine ait bir hak olarak görmek istiyor. Sorun henüz çözülmüş değil, ama ben çözüleceğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Ben burada bir noktaya değinmek istiyorum: Anayasa Mahkemesi'nin 1970 yılında verdiği kararın içinde Heybeliada'daki Ruhban Okulu için hiçbir sözcük geçmiyor, ancak

özel okullar kapatılırken pek isabetli olmayan bir biçimde Ruhban Okulu da bu kapsamda değerlendirilerek kapatıldı. Ama kapatılması hükümetin, Bakanlar Kurulu'nun değil, Milli Eğitim Bakanlığı'nun bir kararıyla kapatıldı ve şu özelliği de var bu okulun: Bu bir yıllık öğretim veren yüksekokul telakki ediliyor, gerçi dört yıl öğrenim veriliyor, ama burada, bir yıllık telakki ediliyor. Onun üstündeki öğrenimleri de Avrupa'daki, Amerika'daki, Avustralya'daki dünyanın değişik yerlerindeki teoloji fakültelerinde öğrenimlerini görüyorlar. Şimdi Ruhban Okulu'nun açılabilmesinin iki sorunu var; bir hukuki, öteki de siyasi boyutudur. Hukuki boyutunu Fazıl Sağlam değerlendirdi. Ben Patrikle de kendim görüştüm Rum Patriğiyle de, yükseköğretim kurumlarının bünyesine Ruhban Okulu'nun alınması mümkün değil hukuken. Çünkü okulların dinsel giysileri ile, bir öğretim yapmaları var, iki Türkiye'de hiçbir yüksekokulun kapsamına girebilecek bir özelliği yok ve bir yıllık bir okul. Türkiye'deki yüksekokullar iki yıllık. Onun için, kendisiyle şöyle bir mutabakata vardık, -görüşmede tabii, resmi değil bu gayrı resmi,- YÖK'ün bünyesinde alınması hukuken mümkün değil, ancak Patrikhane'ye bağlı bir vakfa, bir vakıf kurularak bu vakfın bünyesinde Patrikhane'ye bağlanırsa bu okul, böylece Milli Eğitim Bakanlığı, Patrikhane'yi denetlemeden, denetlemiş olmaz; çünkü Lozan'dan gelen bir özelliği var, bu özellik Patrikhane'nin korunmasıdır. Ruhban Okulu Milli Eğitim'in denetim kapsamına alınmış olur. Zaten 1951'deki bir yönetmelikle de Türk Milli Eğitim Bakanlığı'nun bu okullar üzerinde denetim yapma yetkisi tanınmış ve kabul edilmiş. Buradaki hukuki sorunun tek çözümü, bir vakfa bağlı olarak bu okulun açılması. Böylece de Patrikhane ile de ilişkilendirilmesi mümkün olacaktır, buna Patrik de evet diyor.

İkinci konu siyasi. Bu noktada Batı Trakya'da 1951 yılında yapılan bir anlaşmayla, Türkiye ve Yunanistan arasında, karşılıklı olarak Türkiye'deki Rum okulları ile Batı Trakya'daki, Türk okullarına öğretmen ve kitap yardımının karşılıklı olarak yapılması gerekiyor. Fakat Yunan hükümetinin uzun yıllar Türkiye'den gelecek hocalara ve de kitaplara karşı bir frenleyici rol oynamaya başlaması, öte yandan Türkiye'de giderek azalan

Rum öğrenci sayısı karşısında bu vecibelerini gereği gibi yerine getirmemesinin getirdiği bir siyasi tıkanma var. Sanırım, konunun bu siyasi boyutu her iki hükümet arasında çözüldükten sonra ki, Avrupa'nun işi değil bu, Avrupa Birliği'nin buraya müdahil olması düşünülemez bu aşamada, onların da bu konuda bizim üzerimize bir baskı yapmaları hiç doğru değildir. Hukuken de isabetli değil. Bu iki ülke arasındaki bir siyasi konudur. Bu aşıldığı takdirde, hukuki sorunun çok kısa bir süre içerisinde çözülebilmesi de mümkün olabilecektir. Bu iki özelliğini birbirinden ayırmamak lazım ve Avrupalı dostlarımızın da bu okulla ilgili olarak ileri sürdükleri kanaatin, baskı yapmalarının da bir zemini yoktur kanımca.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Ulrich KARPEN: Üzgünüm sizi yine utandırıyorum. Tarihi biliyorum, fakat Lozan çok çok eskilerde kaldı, biz geleceğe bir yol bulmaya çalışıyoruz. O yüzden Lozan'da ileri sürülen görüşler pek güçlü değil ve meslektaşım Teziç, sizin ikinci cevabınıza kesinlikle katılmıyorum, ismi Avrupa Birliği olan bir aileye katılmak istiyorsanız, sizin kardeşiniz Yunanistan ile olan problemlerinizi ve diğer kardeşiniz Kıbrıs ile olan problemlerinizi Avrupa'nun çok önemli meseleleridir, bizim yardımımızla bu problemleri çözüme kavuşturmanız gerekir. Burada soru soran bir Alman varsa, ona aile içindeki bu kavgayı ne zaman ve ne şekilde sonlandıracağınızı açık ve net bir şekilde açıklamalısınız.

Oturum Başkanı: Türkiye ile Yunanistan baş başa kaldığı zaman bunu rahatlıkla çözer; söyleyeceğim benim bu.

Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM: Benim de ilave etmek istediğim bir şey var bu konuda: Biz daha aile olmadık, şimdi onu hatırlatmak isterim. Biz daha düne kadar aday bile değildik, aile nerede kaldı. Bize bir ay kadar önce bir tarih verildi, ama Birliğe alıp almama konusu açıkta bırakıldığı gibi her an vazgeçme hakkı da saklı tutuldu. Biz aile içinde değiliz ki, aileden beklentilerinizi karşılayalım. Yani lütfen o konuda bizi çok da saf sanmayın. Evet oldukça saf bir yarımız var ama, sandı-

TARTIŞMA

ğınız kadar değil. Avrupa ülkelerinin ikircikli yaklaşımına girersek, burada ben daha neler anlatırım. Avrupa Birliği'ne üye olan ülkelerin yerine getirmedikleri bir çok yükümlülüğün Türkiye'den istendiğini ben burada size yeni bir tebliğ olarak da anlatabilirim. Avrupa'nun ikircikli yaklaşımını çok yakından bildiğim için, bu şartlar altında Avrupa Birliği'ne girme konusunda ben şahsen çok hevesli değilim. Ancak beni eşit bir partner olarak görüyorsa Avrupa, yani kendi yapmadığı şeyleri benden de istemiyorsa ya da başka üye adaylarına şart koşmadığı şeyleri bana da şart koşmuyorsa, gireceğim ailenin eşit haklara sahip bir üyesi olacaksam, ben ancak o zaman Avrupa Birliği'ne girmeye hevesli olurum. Tabii bunlar benim kişisel düşüncelerim.

Oturum Başkanı: Bir başka konu daha var: Lozan geçmişte kalmış bir anlaşma değil. Lozan Anlaşması Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş anlaşmasıdır ve bu Anlaşma'nın 39. maddesi imzacı devletlere şu yükümlülüğü de getirmektedir: *"Hiçbir kanun, hiçbir Anayasa hükmü Lozan Anlaşması'nı değiştirme yetkisini vermez"* diyor. Onun için hala yaşayan bir metindir, ölü bir metin değildir, sizin sandığınız gibi, geçmişte de kalmış değildir.

Buyurun.

Aydın ÖZBAY: Teşekkür ederim sayın hocam. Öncelikle katılımcılara değerli sunuşları için teşekkür ediyorum.

Patrikhane ile ilgili çok kısa bir ekleme yapmak istiyorum: Patrikhane'ye bağlı olan okul lise ve lise artı iki yıllık eğitim veren bir okul. Lise artı iki yıl, yani yüksek eğitim olarak kabul edilen kısmı kapatılıyor. Ama lise eğitimi hiçbir şekilde kapatılmıyor. Liseyi kapatan Patrikhane'nin kendisidir, bunu kapatmasının nedenini de kendisinden sormak gerekir. Niçin kapatılmış? Hiçbir zaman Milli Eğitim'in veya devletin diğer bir organının lise eğitimini sonlandırmak yönünde bir iradesi bugüne kadar olmamıştır. Bunun ötesinde, doğru veya yanlış, sizin o konudaki yanlış tespitinize katılırım. Patrikhane'nin yüksek düzeyde bir teoloji eğitimini vermesi bizim mevzu-

atımıza göre laik sistemimiz çerçevesinde pek uygun gözükmemekle birlikte, yanlış hatırlamıyorsam bundan üç yıl önce Patrik Bartolomeos'a bir üniversitemiz bünyesinde bu eğitimi gerçekleştirebileceği yönünde teklif götürülüyor ve Patrik Bartolomeos bunu reddediyor. Bunlar da somut gerçeklerdir, sadece ekleme olarak bunları dile getirmek istedim.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Peki uzatmayalım tartışmayı, orada verilecek cevaplarım var benim de, ama peki.

Prof. Dr. Pasquale PASQUINO: Aynı noktada ben birkaç görüş eklemek istedim: Kesinlikle haklara çok önem veriyorum, fakat Avrupa Birliği üyelerine daha fazla hoşgörü göstermemiz gerektiğine inanıyorum. Çünkü, ulusal egemenliğe inanmasam bile, ulusal kültürler olduğunu biliyorum. Örneğin; Fransa genç Müslüman kızların okulda türban takmalarını yasaklayan bir yasa ki, bu yasa oldukça popüler, yasayı geçirdiğinde hiç kimse bundan ciddi olarak şikayet etmedi. Fransa'nın çok uzun bir geçmişe dayalı laik bir geleneği vardır ve bunu kabul etmemiz gerek. Pek desteklemiyorum, ama saygı duymam gerekiyor. Halk egemenliğine değil, buna inanmam. İtalya'da ben okulda iken yanımda Yahudi bir kız otururdu, biz zorunlu dini eğitim, yani Katolik eğitim aldığımız için bu kız sınıftan çıkmak zorunda kalırdı. Bugünlerde yasa okulların otuz bin Yahudi ve otuz bin Protestan içinde dini eğitim sağlaması gerektiğini söylüyor. Ama kesinlikle hiçbir okul bunu yapmıyor ve hatta İtalyan bir Müslüman avukat bir haçın önünde davasını sunmak zorunda, çünkü İtalyan mahkemelerinde her yerde haç var. Geçenlerde Anayasa Mahkemesi'nden bu konuda bir karar alması istendi, fakat yapamadılar; çünkü haç olması gerektiğini söyleyen bir yasa yok ortada. İtalya'da Anayasa Mahkemesi sadece yasanın yargııcıdır, fakat bu gelenek. İtalyanlar haçlarının kalmasını istiyorlar ve zavallı Yahudi avukat, Müslüman avukatların yanı sıra Yahudi avukatlarımız da var elbette, bir haçın önünde savunma yapmak zorundalar. Yapmamız gereken yavaşça İtalyan kültürünü değiştirmek. Okullarında haç var diye İtalya'dan Avrupa Birliği'nden ayrılmasını iste-

TARTIŞMA

yemeyiz. Bu nedenle tıpkı haklar gibi kültürel geleneklerin de ciddiye alınmaları gerektiğini düşünüyorum.

Oturum Başkanı: Galiba soru yok, soru kalmadı ve kalmayınca da toplantımızı burada bitiriyoruz.

Ben konuşmacılara ve sorularıyla canlılık veren dinleyicilere teşekkürlerimi sunuyorum. Bu toplantıyı düzenlemek konusunda Barolar Birliği'nin gösterdiği gayrete de şükranlarımı ifade ederek hepinize iyi akşamlar temenni ediyorum.

İKİNCİ GÜN
BİRİNCİ OTURUM

**“Demokrasinin Pekişmesinde
Yargının Rolü:
Eski ve Yeni Demokrasiler”**

“Eski Demokrasiler”

Oturum Başkanı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN
(Bilkent Üniversitesi)

Sunucu: Sayın konuklar; "*Demokrasi ve Yargı*" konulu toplantımızın ikinci gününe hoş geldiniz.

Sabah oturumunu açmak üzere oturum başkanımız Prof. Dr. Ergün Özbudun'u kürsüye davet ediyorum.

Oturum Başkanı: Sayın konuklar; sempozyumun sabah oturumunu açıyorum.

ERGÜN
ÖZBUDUN'UN
KONUŞMASI

Bu sabahki oturumumuzun konusu "*Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü*" ve sabah oturumunda eski demokrasiler, yerleşik demokrasiler üzerinde durulacak.

Programla ilgili bir değişiklik konusunu arz etmek istiyorum: Programda görünen sayın Mary Volcansek mazereti dolayısıyla katılmıyor. Fakat onun yerine, İtalyan Anayasa Yargısı'na fazlasıyla vakıf olan Prof. Pasquino bir sunuş yapmayı kabul etti. Onun dışında, program aynıdır. Diğer konuşmacılar; Amerika Birleşik Devletleri'nden Prof. Cornell Clayton, Almanya'dan Prof. Christoph Görisch ve Fransa'dan Alain Pariente'dir. Zamanı gelince, kendilerini anons edeceğim, üniversitelerini tanıtacağım.

İlk sözü, erken ayrılmak zorunda olduğu için, Prof. Pasquino'ya vereceğim. Fakat yönelteceğiniz soruları öğleden sonra cevaplamak imkanını bulacak, organizatörlerimiz herhalde onunla ilgili bir formül bulacaklardır. Ben sözü Prof. Pasquino'ya bırakıyorum.

Prof. Dr. Pasquale PASQUINO (Fransız Ulusal Araştırma ve Bilim Merkezi Araştırma Direktörü): *

Çok teşekkür ederim sayın Başkan.

Evet, benden aramıza katılamamış olan Profesör Volcanssek'in yerine konuşmamı istediler. Ben de sizlere İtalyan Anayasa Mahkemesi ile ilgili bazı temel bilgiler vermek istiyorum. Anayasa Mahkemesi, İtalyan Anayasası tarafından İkinci Dünya Savaşı'nı takiben 1947 yılında kurulmuş olsa da, birçok sebepten ötürü ancak 1956 yılında faaliyete geçmiştir. Mahkemenin kurulmasının kararlaştırılması esnasında Anayasa Meclisi içerisinde gerçekleşmiş olan tartışmalar son derece ilginçtir. Hatta bildiğim kadarı ile yapılmış olan en ilginç tartışmalardır bunlar, çünkü 1919 yılında Avusturya Anayasa Meclisi Avrupa'nın ilk Anayasa Mahkemesi'ni kurduğunda, bildiğiniz gibi öneri Sayın Hans Kelsen tarafından yapılmıştı, şaşırtıcı şekilde hiç bir tartışma yapılmamıştır. Avusturya'da herkes Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasını onaylamıştı.

İtalya'da ise aksine, çok geniş çapta ve zor tartışmalar yaşandı. Bunun sebebi hem sosyalistler hem de komünistlerin ve sayıları az da olsa liberallerin, demokratlar ve solun Marksist olmayan kanadından gelen öneriye karşı çıkmış olmasıdır. Bu tartışmalar çok güzel ve faydalı oldu aslında, çünkü yapılmış olan tartışmalara baktığınız zaman anayasa yargısı lehine ve aleyhine esas argümanları rahatlıkla ayırt edebiliyorsunuz. Bu konu ile ilgili olarak fazlaca detaya girmeyeceğim. Ancak, 1947 yılının sonbaharında gerçekleştirilmiş olan bu tartışmaların anayasa mahkemelerinin kurulması ile ilgili olan en ilginç tartışmalardan birisi olduğunu kabul etmek gerekir diye düşünüyorum.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, bugün bizim Avrupa Modeli diye adlandırdığımız, "Kelsen Modeli" denilen, anayasa yargısı tekeline sahip uzmanlaşmış bir kurum idi. Orijinal Amerikan

* Pasquale Pasquino tebliğini yazılı olarak sunmadığından, burada sözlü sunumunun tercümesine yer verilmiştir.

Sistemine bakınız, yargı bakışı son derece farklıdır; çünkü anayasal yargısı ile yükümlü uzmanlaşmış ayrı bir yargı organı yoktur. Herhangi bir mahkeme, veya Yüksek Mahkeme, ya da Temyiz Mahkemesi son söze sahiptir ve anayasa yargısı yargı sisteminin içerisinde yer almaktadır. Bizim için ise durum böyle değildir. Bu tabii ki İtalyan Anayasa Meclisi'nde tartışılan konulardan birisi olmuştur. Neden uzmanlaşmış ayrı bir organ seçilmelidir? Sizlere bu yargı organlarının işleyişini ve aralarındaki farklılıkları anlayabilmeniz açısından önemli olan üç konu hakkında bilgi vereceğim. Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna baktığımızda yargıçlar tayin edilir. Almanya'da söylendiği gibi yargıçların yetkileri, kurumun gücü, ve üçüncüsü ve belki de daha da önemlisi anayasal konuların önüne getirilmesi sistemi. Son olarak da, daha çok genel hatlarıyla, anayasa yargısının İtalyan siyasi sistemindeki etkisi.

Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna baktığımız zaman, onbeş üye olduğunu görüyoruz. Bu onbeş üye dokuz yıllığına bir daha yenilenemez şekilde göreve getiriliyorlar ve mahkemeyi oluşturan üyeler oluyorlar. Sosyolojik olarak konuşmak gerekirse, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin üçte ikisi hukuk profesörü olmuşlardır ve halen de durum aynıdır. Anayasa Mahkemesi üyesi olabilmek için adayın, ya Temyiz Mahkemesi'nde yargıç olması, veya hukuk profesörü olması veya yirmi yılı aşkın tecrübesi olan bir avukat olması gerekmektedir. Bundan da anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi yalnızca uzmanlaşmış bir Mahkeme değil, aynı zamanda bir uzmanlar Mahkemesidir. Bunun Fransa'da böyle olmadığını görüyoruz. Fransa'da düşünürler, hatta sosyologlar bile, şu andaki duruma bakarsanız, Anayasa Konseyi üyesi olabilirler. İtalya'da ise yalnızca sizin gibi hukuk uzmanları bu işi yapabilmeye yetkisine sahiptir. Bu nedenle de üyeler büyük bir çoğunlukla hukuk profesörleri, tanınmış hukuk profesörleri ve yüksek yargıçlardan oluşmaktadır. Bunun nedeni, Parlamento'daki sürecin biraz daha karmaşık olmasından kaynaklanıyor. Nasil olduğuna gelince. Üyelerin üçte biri yani beş tanesi Yüksek mahkemelerden, İtalyan Danıştay, İtalyan Temyiz Mahkemesi ve Sayıştay tarafından atanıyor. Bu nedenle üçte biri yüksek

hakimlerden oluşmaktadır. Üçte biri ise, Parlamento'nun iki kamarası tarafından Alman sistemine benzer yöntemle seçilir. Yani iki kamaranın mutlak çoğunluğu beş hakim seçmekle yükümlüdür. Bu da çok büyük önem taşır, çünkü Parlamento'nun bu atamaları yalnızca çoğunluk tarafından yapılmamaktadır. Bir hakim tayin edebilmek için muhalefetin de onayına ihtiyacınız vardır. Bu da gayet mantıklıdır.

Geri kalan üçte bir ise Cumhurbaşkanı tarafından atanır. Bu arada şayet kendi şahsi fikrimi ifade etmem gerekirse, bunun çok mantıklı bir kural olmadığını düşünüyorum. Şimdiye kadar Cumhurbaşkanı tanınmış hukuk profesörlerini bu göreve atamıştır. Ancak, bu kararların tek yanlı kararlar olduğunu düşündüğünüz zaman ve Cumhurbaşkanı'nun her zaman için mantıklı birisi olup olmayacağından emin olamayacağınızdan Cumhurbaşkanı'na beş üye atama yetkisi vermek mantıklı görünmemektedir. Şimdiye kadar anlattıklarım çerçevesinde İtalyan Cumhurbaşkanı'nun demokratik meşruiyeti bulunmadığından, şans eseri kendisi arkadaşlarını değil hep tanınmış hukuk profesörlerini tayin etmiştir. Çünkü, demokratik bir Cumhurbaşkanı'nun arkadaşlarını bu göreve ataması nezaketsizlik olurdu. Eğer demokratik meşruiyetiniz varsa dilediğiniz gibi hareket edebilirsiniz. Demokratik meşruiyetin tehlikesi de budur. Ancak, nezaket kendini sınırlamayla ilgilidir ve biz şimdiye dek kendisini sınırlayan cumhurbaşkanlarına sahip olduğumuz için şanslıyız. Fakat, gelecekte ne olacağını ancak Tanrı bilir. Bu nedenle ben, en iyi atama yönteminin İtalyanların sadece üçte bir için uyguladığı Alman sistemi olduğu kanaatindeyim. Mutlak çoğunluk ile yapılan seçimden bahsediyorum. Parlamento muhalefet ile birlikte mantıklı ve aşırılığı olmayan kişileri bu çok önemli ve hassas kuruma seçer.

Yetkilere baktığımız zaman ise kural son derece basittir. Anayasa Mahkemesi kanunların hakimidir. Anayasa Mahkemesi'nin önüne ancak kanunlar birazdan açıklayacağım yöntemler çerçevesinde getirilebilir; idari işlemler getirilemez. Anayasa Mahkemesi "*Kelsen Modeli*" uyarınca kanunların anayasal ilke ve değerlere uygun olup olmadığına karar verir.

Daha da ilginç olanı, itiraz yolunun incelenmesidir. Dünyanın her yerinde olduğu üzere, mahkemeler pasif organlardır ve kendiliklerinden kararlar veremezler. Bir karar verebilmeleri için öncelikle kendilerinden talepte bulunulması gerekmektedir. Anayasa yargısı konusunda Kelsen'in 1928 de kaleme aldığı son derece önemli metinde de belirttiği gibi, Mahkemenin kapısını açan mekanizma çok büyük öneme sahiptir. Burada bahsedilen mekanizma itiraz yolu mekanizmasıdır. İtalya'da, basitçe anlatmak gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin kapısının anahtarı sıradan hakimlerin elindedir. İtiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne gelen davaların % 90'ından fazlası Anayasa Mahkemesi'ne sıradan hakimler tarafından gönderilmiştir. Neden böyle olduğuna bakınca, size açıklamama müsaade edin. Böyle olmasının sebebi, savcılar, avukatlar dava esnasında yargıçtan bir sorunu Anayasa Mahkemesi'ne göndermesini talep ederler. Sizlere dün de bahsettiğim gibi, zannediyorum Türkiye'de de sistem bu şekilde işliyor. Demek ki avukatlar ve sıradan hakimler, mekanizma içerisinde en kilit role sahipler, çünkü konunun Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi yönündeki karar tamamen hakimın elindedir. İtalyan hakimleri 70'li yıllardan itibaren davaların Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesinde oldukça istekli davranmışlardır. Bunun da iki temel sebebi vardır.

Birincisi, anayasa hukukuna göre kanunun anayasaya uygunluğu ile ilgili en ufak bir tereddütleri olduğunda bile davayı Anayasa Mahkemesi'ne gönderme hakkına sahip olmalarıdır. Açıklamak gerekirse, bir dava esnasında, hakim taraflardan biri talep etti diye veya kendisi öyle düşündüğü için, karar vermeden önce Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak görüşünü almak isteyebilir. Bu Amerika Birleşik Devletleri sistemi ile aramızdaki farklılıktır. Hakim karar vermeden önce Anayasa Mahkemesi'ne bir soru göndererek cevabını talep edebilir, "bu kanunun uygulamalı mıyım, yoksa uygulamamalı mıyım?" veya "uygulayacağım bu kanun anayasaya uygun mu, değil mi?" gibi. Böylece yargılama durur ve soru Anayasa Mahkemesine iletilir. Ancak, bu yalnızca yargıcın uygulamak durumunda olduğu bir

kanunun anayasallığı ile ilgili durumlarda geçerlidir. Çünkü, Anayasa Mahkemesi bir davanın esasına ilişkin karar vermekle değil, sadece kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemekle görevlidir. Bu nedenle, her kademedeki - ilk derece, istinaf, temyiz mahkemeleri- hakimler kanunların anayasaya uygunluğu ile ilgili bekletici mesele yaratma hakkına sahiptir. Anayasaya aykırılık itirazı üzerine Roma'da bulunan Anayasa Mahkemesi kararını gönderir. Gelen karara göre, söz konusu kanunu uygulayarak veya uygulamayarak yargılamaya devam edilir. Böylece sıradan hakimler ile Anayasa Mahkemesi arasında sorular ve cevaplar biçimindeki bir mekanizmadan oluşan mahrem bir diyalog olduğunu ifade edebiliriz.

Buna rağmen, İtalya'da bile, Anayasa Mahkemesi yargının bir parçası değildir. İtalyan Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'yı gözeten kurumlardan birisi olarak düzenlenmiştir. Ancak, Yargısal bir birim değildir. Anayasa Mahkemesi bir mahkemedir, ancak yargının bir parçası değildir. Cumhurbaşkanı ile birlikte Anayasa'nın koruyucusudur. İtalya, halen böyle bir evliliğin tartışmaları devam ediyor olsa da, Cumhurbaşkanı ile birlikte yargısal bir kuruma anayasal düzeni koruma konusunda birlikte sahip olabilmektedir. Böylece diyalog, anayasaya aykırılık itirazında bulunan hakimler ile bunlara ilişkin olarak ilgili kanunların uygulanabilirliği ve geçerliliği konusunda karar veren Anayasa Mahkemesi arasındadır.

Bunların etkisine gelince... Aslında kararların etkisi son derece önemlidir, çünkü İtalya, Avrupa'daki pek çok siyasal ve anayasal sistemde olduğu gibi, siyasal partilerin ve çoğunlukların hem parlamentoyu yani yasama erkini, hem de yürütme erkini kontrolü altında tuttuğu bir parlamenter hükümet sistemine sahiptir. Eski kuvvetler arasında denge sistemine bakınca Montesquieu'nun tasvir etmiş olduğu o sistem içerisinde birbirlerini gözleyen birbirlerini temsili hükümete ve siyasal partilere yaklaştıran bağımsız bir yürütme erki -kral- ve bağımsız bir parlamento vardı. Bu uyumlaştırma sistemi çöktürülmüştür. Tabii ki, ne yürütme erkinin parlamento üzerinde

bir denetimi söz konusudur, ne de tersi. Çünkü yürütme erki çoğunluğa karşı siyasal sorumluluğa sahiptir ve kendisi de aynı siyasal partinin veya siyasal ittifakın denetimi altındadır. Bizler böylece, parlamenter devlet yüzünden yeni bir mutlak sisteme adım attık ve bu sistem içerisinde sıradan mahkemeler ile anayasa mahkemeleri arasındaki birliktelik tek karşıt gücü oluşturmaktadır. Aşırıya kaçmamanın tek yolu budur. İlimliliği sevmeyen siyasilerin yargının bağımsızlığını azaltarak ve anayasa mahkemelerinin yapısını değiştirerek karşıt güçten kaçınmak istemelerinin nederi budur. Akademisyenler hariç hiç kimse karşıt gücü sevmez ve akademisyenlerin de zaten gücü yoktur. Ancak, siyasi aktörler hiç sevmezler. Niye sevsinler ki ? Neyse ki, İtalyan Anayasasının kurucu babaları, faşizmin, hapishanenin ve baskının deneyimden geçmiş oldukları için karşıt gücü sevme nedenlerine sahiptiler. Böylece bu mekanizmayı icat ettiler, çünkü aslında bunu sisteme sokmuş olan insanlara baktığımız zaman, akıllarında karşıt güçlerin ve ilimliliğin olduğunu rahatlıkla görebiliyoruz. Bu yapının temelinde rol alan adam İtalya'nın en önemli hukukçularından, Piero Calamendrei, ve Anayasa Meclisi'nde anayasa yargısı ile ilgili taslağı yazmıştır.

İki şey söyleyerek bitirmek istiyorum. Birincisi Mahkemenin etkileri. Mahkemelerin üç temel etkisi olmuştur. Birincisi, İtalya'nın İkinci Dünya Savaşı'nı müteakiben anayasasını değiştirdiğini, ancak ceza kanununu değiştirmedeğini görüyoruz. İtalyan ceza kanunu çok güzel bir faşist dönem kanunudur. Güzel diyorum, çünkü onu yazan adam Alfredo Rocco çok iyi bir hukukçuydu. İtalya bu sayede, Ceza Kanunu'nu o dönemde muhafazakar olan Küba'ya ve Stalin'in Rusya'sına ihraç etme imkanını bulmuştur. Böylece de yalnızca demokratik ülkelerde değil, aynı zamanda genel anlamda her yerde başarılı kabul edilmiştir. Otoriter ülkelere ceza kanununu satmak çok iyi bir fikirdi. Söz konusu ceza kanunu teknik olarak iyi ancak faşist bir kanundu. Bu nedenle altmışlı yıllarda Anayasa Mahkemesi Ceza Kanunu'nu faşist hükümlerden arındırmıştır. İlk ve tamamlanan en önemli iştir bu. İkinci iş ise, yasaların yeniden yazılması olmuştur. Bu durum, kanunlar yanlış yazıldıkları

veya kanunu hazırlayan yetkisini kötüye kullandığı için değil, kanunu hazırlayan bilmezlik perdesi¹ arkasında kanunu yazdığı için ortaya çıkmıştır. Bu şu anlama geliyor, kanunları yazarken bunların uygulanması durumunda neler olacağını kestiremiyorlar. Kanunu yazan genel ve soyut bir kanun yazmalıdır ve daha sonra da siz bunu uygularsınız. Asıl o zaman öngörmediğiniz bir durumla karşılaşsınız. Böylece anayasa yargısının sadece siz kanunların yanlış olduğunu düşündüğünüz için değil ama, kanunları değiştirilebilme gibi bir imkanı vardır. Aslında anayasa yargısının sadece kanun koyucuya karşı olmak için kanunları değiştirdiğini söylemek çocuksu bir düşüncedir. Anayasa Mahkemesi yasamaya daha iyi bir düzenleme yapması için yardım ediyor olabilir, beklenmeyen etki ve sonuçlarla daha iyi baş edebilecek bir anayasal yorum; ve üçüncü olarak, son derece İtalyan sistemine özgü bir özellik, Anayasa Mahkemesi referandumların anayasallığına ilişkin karar vermek durumunda olabilir.

İtalya'da, sizlerin de bildiği üzere, sistem içerisinde bazı doğrudan demokrasi araçları bulunmaktadır. Bunlardan en çok kullanılanı da bozucu referandumdur. Böylece, Parlamento tarafından kabul edilmiş her türlü yasa için ve Parlamento ile kamu oyu arasında mistik bir uyum birlikteliğinin olmadığı bir ortamda, ortada Parlamento tarafından kabul edilmiş, ancak kamu oyunun genel görüşüne uymayan bir karar olduğunu farz edelim. Parlamento kararlarının her zaman genel görüşü ifade etmediğini biliyoruz. Farz edelim ki, Parlamento "a" kararı almış ancak kamu oyu "b" görüşünde. Böyle bir durumda Parlamentodan geçmiş bir yasa için kamu oyunun görüşüne başvurulabilir. Sizin de gördüğünüz gibi İtalya'da egemenlik, Parlamento, mahkeme ve halk arasında eşit olarak paylaştırılmıştır. Referandum yapılmadan evvel, anayasa mahkemesi, referandumun anayasaya uygun olup olmadığına karar ver-

¹ Tebliğ sunan, burada ünlü siyaset felsefecisi John Rawls'un "A Theory of Justice" (Adalet Teorisi) isimli eserinde ortaya koyduğu "veil of ignorance" kavramına atıf yapmaktadır. Bu kavram "bilmezlik perdesi" olarak tercüme edilmiştir (editörün notu).

mekle yükümlüdür. Örneğin kadınların oy verme hakkının kaldırılması için referandum yapılmasını önereceksiniz. Mahkeme size *"hayır, olmaz"*, *"egemen insanlar olarak sizler, kadınların oy kullanma hakkını ellerinden alamazsınız"* diyecektir. Çünkü bu hak kendilerine, anayasal sistem, İtalyan Cumhuriyeti kurulurken verilmiş olan anayasal bir haktır. Sizler kadınlara karşı bir devrim yapılmasını istiyor olabilirsiniz ancak bu haklarını referandum yolu ile ortadan kaldıramazsınız. Böylece, görüyoruz ki Anayasa Mahkemesi yalnızca Parlamentonun değil, aynı zamanda halkın kararlarının da denetçisidir. Tabii ki bunu, halkın kararı her şeye değil, ancak anayasal ilke ve değerlere uygun olan hususlara ilişkin olabilir anlamında ifade ediyorum. Teşekkür ederim.

PASQUALE
PASQUINO'NUN
TEBLİĞİ

Oturum Başkanı: Sayın Prof. Pasquino'ya teşekkür ediyorum.

Şimdi sıra Prof. Cornell Clayton'da; kendisi Amerika Birleşik Devletleri'nde Washington State Üniversitesi'nde profesördür.

Buyurun.

Prof. Dr. Cornell CLAYTON (Washington Devlet Üniversitesi):* Amerikan demokrasisinde mahkemelerin rolü konusunu ele alırken, yorumlarımda Amerikan deneyiminin genel olarak Türkiye'de ve Avrupa'daki hukukçulara ve anayasacılara neler sunduğu üzerinde yoğunlaşacağım. Özellikle de, ABD'de ve Avrupa'da yaygın bir fikir olan mahkemelerin ve daha geniş olarak da *"hukukun üstünlüğünü"* sağlamaya yönelik kurumların, çoğunluk karşıtı kurumlar oldukları fikrini çürütmeye çalışacağım. Bu nedenle, mahkemelerin ve hukukun üstünlüğü ilkesinin kendiliklerinden iktidarın keyfi kullanımına veya demokrasinin kendisine zarar vermesine karşı bir koruma sağladığı fikrini de sorgulayacağım. Amacımız keyfi

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

* "ABD'de Mahkemeler, Demokrasi ve Anayasal Değişim: 2004 Seçimlerine Yansımalar" başlıklı tebliğ. Çev.: Dr. Ozan Ergül, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

iktidarı önlemek ise, bunun cevabı hukukta değil, demokratik siyasette yatmaktadır. Eğer siyaseti doğru anlarsak hukuk ta kendisini koruyacaktır.

İngilizce'deki "bar" kelimesi birden çok anlama sahiptir. Avukatların meslek kuruluşu olan "bar" (baro) yanında, çeşitli içeceklerin içilebileceği yere de "bar" denmektedir. Her iki tür "bar" da hukukçular ve siyaset kuramcıları için önemlidir ve bugün ben esin kaynağım olarak ikinci tür "bar"a döneceğim. Yüzyıldan daha uzun bir süre önce Amerikalı hiciv yazarı Peter Finley Dunne, "Mr. Dooley" adında bir barmen-filozof karakteri yaratmıştı. Bu karakterin önemli görüşlerinden birisi de, bir demokraside mahkemelerin oynadığı role ilişkindi. Mr. Dooley, yargısal denetimin demokratik olmayan yapısından rahatsız olanlara "yüksek mahkeme için" endişelenmemeleri gerektiğini söylüyor ve "seçim sonuçlarına bakın" diyordu (Dunne 1901).

1901 yılında bir hayali barmenin anlادığı şeyi, bugün hala siyasetin yargısallaşmasını göğşe çıkararak ya da yeren pek çok hukuk ve siyaset kuramcısı yakalayamamaktadır. Basit gerçek, mahkemelerin herhangi bir demokrasideki rollerinin, geniş siyasal yapı ve gelişmelere her zaman bağlı olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında, genel olarak mahkemelerin demokrasilerdeki rolleriyle ilgili ilginç bir şey söylemek neredeyse imkansızdır. Yargısal rol, hem normatif hem de betimleyici yönden, farklı ülkelerdeki değişik siyasal dönemlerde veya koşullarda farklılıklar gösterecektir.

Demokratik siyasete yargısal müdahalelere ilişkin yakın tarihli birkaç örneğe baktığımızda bu durum açıklığa kavuşacaktır. Örneğin; Ukrayna'da, iktidar partisi tarafından yaygın bir şekilde seçim hilelerine başvurulmasından sonra, yüksek mahkeme alışılmışın dışında bir adım atarak başkanlık seçimini iptal etmiştir. Bu karar şüphesiz, kahraman yargının siyasal yolsuzluklara karşı demokrasiyi koruma yönünde yapmış olduğu bir çıkış olarak pek çokları tarafından övülecektir. Ben kesinlikle o mahkemede görev yapan yargıçların cesaretini görmezden gelmiyorum. Gerçekte, iktidar partisinin muhalefet liderini zehirlediğini göz önüne alırsak, bu yargıçlar sadece

profesyonel kariyerlerini değil aynı zamanda hayatlarını da tehlikeye atmış bulunmaktadır. Buna rağmen, Ukrayna Mahkemesi'nin farklı siyasal koşullarda aynı kararı verebileceğini hayal etmek güçtür. Sadece seçimlere yargı müdahalesine olanak tanıyan bir anayasal çerçeve değil, aynı zamanda Ukrayna Parlamentosu'nun Mahkeme'nin müdahalesine desteği de mevcuttu. Ayrıca, Ukraynalıların çoğunluğu tarafından desteklenen ve Kiev sokaklarında binlerce taraftarının gösteriler düzenlediği güçlü bir muhalefet partisi de bulunmaktaydı. Başka bir deyişle, Ukrayna Yüksek Mahkemesi'nin kararı, sadece yargıçların bireysel ve cesur eylemlerinin değil, aynı zamanda böyle bir eylemi mümkün kılan siyasal ve kurumsal yapının da bir sonucudur.

Dört yıl önce, Amerikan Yüksek Mahkemesi benzer bir şekilde, ABD'deki başkanlık seçimlerinin sonucuna karar verdi. Bu karar beşe karşı dört oyla ve sadece o karara özgü olarak uygulanan hukuk ilkelerine dayanılarak verilmişti. Bu sadece "hukukun" değil, aynı zamanda saf siyasal otoritenin de bir kararıdır (Miller 2004). Gerçekten de, *Bush v. Gore* (2000) kararı birçok yorumcu tarafından yargı bağımsızlığının bir amok koşusu¹ ile ve kibirli bir şekilde demokrasinin hakkını yemesi olarak yorumlanmıştır (Balkin and Levinson 2001). Diğer yorumcular, bu kararı bağımsız yargının anayasal bir krizi çözmek için parti politikasının üstüne çıkmasının bir örneği ve yargının devlet adamlığına soyunması olarak değerlendirmişlerdir (Posner 2001). *Bush v. Gore* kararının nasıl değerlendirildiğinden bağımsız olarak, Mahkeme'nin eyleminin başka tür bir siyasal ortamda tasavvur edilemeyeceği söylenebilir. Mahkeme'nin anılan kararında gücünü kullanabilmesini sağlayan şey özgün bir siyasal-kurumsal etkenler grubuydu: (1) Seçimlere yargının müdahalesini meşrulaştıran hukuki bir çerçeve önceden kurulmuştu (en azından 1962'deki *Baker v. Carr* kadar eskiye giden); (2) dava Mahkeme önüne henüz gelmeden her iki büyük partinin de lideri uyuşmazlığın Mahkeme tarafından çözülmesinin uygun olacağını kabul etmişlerdi; (3) seçim so-

¹ Amok koşusu: Delirmiş bir şekilde koşmak (ç.n.).

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

nucu demokrasi lehindeki görüşleri gölgelendirecek kadar ve gerçek anlamda kafa kafaya idi ve kamuoyu birbirine yakın oranlarda bölünmüştü ki bu durum kamuoyunun yarısının ne yönde olursa olsun Mahkeme kararını destekleyeceği anlamına geliyordu; ve (4) yargıçlar Kongre'nin Cumhuriyetçilerin yönetiminde olacağını bildiklerinden, Kongre'nin kararlarına itiraz etmeyeceğini biliyorlardı. Tüm bunlar, seçimle göreve gelmemiş dokuz yargıçtan oluşan Yüksek Mahkeme'nin bir ulusal başkanlık seçiminin sonucuna karar verdiği koşulları oluşturmuşlardır. Caddelerde devrim yaşanmamış, Bush'un başkanlığının meşruiyetine yönelik ciddi bir tehdit yöneltilmemiş ve Mahkeme'nin kamuoyu nezdindeki itibarına uzun vadeli bir zarar gelmemiştir.

Benim üzerinde durduğum nokta mahkemelerin demokrasi için önemsiz olduklarını tartışmak değil, fakat mahkemelerin nasıl önemli olduklarının mahkemelerin de bir parçasını oluşturdukları anayasal rejimi tanımlayan daha geniş güçlere bağlı olarak şekillendiğini iddia etmektir. Bunu hatırdı tutarak, tekrar Amerikan siyasal sisteminde mahkemelerin nasıl bir rol oynadıklarına dönmek ve özellikle de sizleri yakında gerçekleşen başkanlık seçimini geniş bir tarihsel bağlamda düşünmeye teşvik etmek istiyorum. Eğer böyle yaparsak, popüler medya ve hatta bazı hukukçu ve siyaset bilimciler tarafından büyük ölçüde küçümsense de, ABD'nin anayasal tarihinde önemli bir dönüm noktasını yaşamakta olduğuna inanmamız için pek çok neden bulunduğunu görebiliriz. Kısacası, George Bush'un yeniden seçilmesinin, Amerikan siyasal sisteminde Ronald Reagan'ın 1980'de seçilmesi ile başlayan dönüşümün tamamlanması anlamına geldiğini iddia edeceğim. Bu açıdan bakıldığında, Bush'un başkanlığı Amerikan anayasal gelişimi açısından iki-dönemlik bir görev süresinden olağan olarak beklenebileceklerin ötesinde uzun vadeli ve derin sonuçlara neden olabilir.

“Anayasal Rejim” Fikri ve Mahkemelerin Rolü

Amerikan Anayasası, tipik bir biçimde dünyadaki en eski ve sürekliliğini korumuş Anayasa olarak bilinir. Bununla birlikte, Amerikan tarihini incelemiş herkes bugünkü siyasal sistemin 1789'daki anayasal düzene çok az benzerlik taşıdığını bilir. Amerikan anayasal sisteminde bazı değişiklikler devrimsel bir süreçle gerçekleşmişken bazıları böyle olmamıştır. Gerçekten de, Anayasa tarihçileri, Amerikan anayasal sisteminde tüm siyasal sistemi yeni baştan oluşturan tektonik kaymaların yaşandığı göreceli olarak keskin değişim dönemlerini tanımlamaktadırlar. Bu değişim dönemleri, durağan bir dönem boyunca olağan siyasal kararların alındığı ya da bazılarınun adlandırdıkları gibi “anayasal rejimlerin” veya “anayasal düzenlerin” olduğu istikrarlı bir kurumsal yapı organizasyonu üretmektedirler (Ackerman 1991, Clayton and May 2000, Tushnet 2003).

Siyaset bilimciler, anayasal dönüşüm süreçlerini açıklamak için seçimlere ilişkin parti politikaları modelleri ve özellikle de “kritik seçimler” üzerinde yoğunlaşma eğilimi göstermişlerdir. Bu seçimlerle birlikte (genellikle başkanlık seçimleri) bir nesil boyu ve hatta daha da uzun sürecek, hakim siyasal partiler veya grup koalisyonları ortaya çıkmaktadır (Yeni Düzen Demokrat Partisi'ni ortaya çıkaran 1932 seçimleri, veya Lincoln'ün Cumhuriyetçi Parti'sini ortaya çıkaran 1860 seçimleri gibi). Bu hakim grup veya parti koalisyonlarının ideolojisi sonuçta siyasal tartışma alanını şekillendirmekte ve dayanıklı “siyasal rejimler” yaratarak, kamusal siyasa yapımını belirlemektedirler. Amerikan siyasal tarihini bu biçimde anlamamanın klasik bir ifadesi Dean Walter Burnham'ın yaklaşık otuz beş yıl önce yayımlanmış olan yetkin eseri “Amerikan Siyasetinin Temel Kaynakları ve Kritik Seçimleri (Critical Elections and the Mainsprings of American Politics)” isimli eseridir. Bu alanda daha yeni ve önemli bir katkıyı ise başkanların siyasal rejimlerin inşasında oynadıkları anahtar rolü inceleyen “Başkanların Politikası (1997) (The Politics Presidents Make)” isimli eseri ile Stephen Skownorek yapmıştır. Skownorek, özellikle Lincoln ya da Roosevelt gibi

"dönüştürücü başkanların", kendi ideolojik değerlerini ve perspektiflerini kendileri görevi bıraktıktan sonra da uzun bir süre etkin kılabilme amacıyla, mevcut anayasal yapıları değiştirme ve bunlarla mücadele etmede kritik seçimleri kullandıklarını iddia etmektedir.

Diğer taraftan, hukukçu akademisyenler arasında, anayasal değişim dönemlerini açıklayabilmek için Yale Üniversitesi Hukuk Profesörlerinden Bruce Ackerman'ın "anayasal anlar" (constitutional moments) olarak adlandırdığı dönemlere yoğunlaşmalar olmuştur (Ackerman 1991). Bu görüşe göre, siyasetin yeniden oluşumu, hukuki metinlerde, uygulamalarda veya yargısal içtihatlarda hem tutarlı hem de içkin bir şekilde bulunan yeni bir normatif anayasal vizyonun tarihteki belirli bir noktada kabul edilmesi ile mümkün olmaktadır. Daha yeni olarak, hukuk profesörleri Jack Balkin ve Sandy Levinson (2001), bu tür anayasal değişim süreçlerinin belirli bir seçimde olduğu gibi aniden meydana gelmesinin gerekli olmadığını, fakat "partizan sağlama" süreci içerisinde, taraflardan birisinin tedrici olarak ve sonuçta yargıyı da kapsayacak bir biçimde diğer üç organ üzerinde gücünü artırmasında olduğu gibi, tedricen meydana gelebileceğini iddia etmektedirler.

Anayasal rejimlerin Amerikan tarihinde yükselişi ve düşüşü nasıl karakterize edilirse edilsin, mahkemelerin Amerikan demokrasisinde oynadığı role ilişkin olarak bunların derin sonuçlar doğurdukları açıktır.

ABD'de mahkemeler üzerine çalışma yapan akademisyenler ne yazık ki bu gerçeği atlamışlardır. Gerçekte, son yarım yüzyıl içerisinde Yüksek Mahkeme'nin Amerikan demokrasisinde oynadığı rolü inceleyen akademisyenler Alexander Bickel'in "En Tehlikesiz Organ: Siyasetin Kenarındaki Yüksek Mahkeme (1962) (*The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*)" isimli meşhur kitabındaki bir önermeye takılmışlardır. Bickel, yargı denetiminin temel doğası itibarıyla "çoğunluk karşıtı" olduğunu ve bu gücün kullanımının demokrasi ile bağdaştırılması ihtiyacının Amerikan Anayasa teorisinin merkezi sorununu oluşturduğunu öne sürmüştür.

O günden bu yana, hukukçu akademisyenler, birkaç önemli istisna dışında, neredeyse patolojik bir biçimde ve nadiren arkasında yatan ampirik karineleri inceleyerek, sadece bu soru üzerine yoğunlaşmışlardır (Friedman 2001).

Bu iddiayı desteklemek için, Yüksek Mahkeme'nin, Kongre'nin kabul ettiği bir yasayı Anayasa'ya aykırı bulduğu ya da yürütmenin bir siyasetini geçersiz kıldığı zamanlarda, çoğunluk hassasiyetine ait belirli ifadelere karşı çıktığı gerçeği ileri sürülebilir. Tek başına bu gerçek bile, bu tür kararları anti-demokratik ya da çoğunluk karşıtı yapmamaktadır. Çoğunuz, bugün iyice olgunlaşmış bulunan "normatif" anayasal tartışmanın çıkış noktasını oluşturan ve çoğunlukçu ilkeler ile demokratik ilkeler arasında ayırım yaparak, çoğunlukçu karşıtı yargısal denetimi savunan -örneğin; Mahkeme'nin çoğunluk tarafından yapılan ve azınlığın ifade özgürlüğünü ya da siyasal katılımını sınırlayan yasaları Anayasa'ya aykırı bulması durumu- John Hart Ely'nin önemli çalışması "*Demokrasi ve Güven-sizlik (1980) (Democracy and Distrust)*" kitabına aşinasınızdır. Ancak, beni burada asıl ilgilendiren, demokrasinin en iyi nasıl anlaşılabilirliği değil, fakat daha çok Bickel'in Mahkeme'nin yargısal denetim yaparken bütünüyle çoğunluk karşıtı bir şekilde hareket ettiği önermesinin geçerliliğidir.

Bugün, siyaset bilimi alanındaki pek çok ampirik araştırma ve tarih, bize gerçeğin nadiren bu önermedeki gibi olduğunu göstermektedir. Örneğin; Robert Dahl, 1957'de yayımlanan klasik çalışması "*Bir Demokraside Karar Almak: Ulusal Siyasa Yapıcı Olarak Yüksek Mahkeme (Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court As a National Policy-Maker)*" başlıklı makalesinde, Mahkeme'nin federal yasaları Anayasa'ya aykırı bulduğu kararları incelemiş ve sonuçta Mahkeme'nin nadiren halihazır-daki hakim parti koalisyonu tarafından tercih edilen siyasaları geçersiz kıldığını bulmuştur. Yargısal denetim uygulaması, neredeyse tüm kararlarda, artık iktidarda olmayan çoğunluklar tarafından kabul edilmiş eski yasaları hedef almıştır. Benzer şekilde, diğer akademisyenler de, Mahkeme'nin federe devlet yasaları ile yerel yasaları Anayasa'ya aykırı bulduğu durum-

larda, bunu iktidardaki ulusal koalisyonun değerlerini bölgesel uygulamalara yaymak amacıyla -örneğin; Mahkeme'nin Güney'deki ırk ayrımcılığı politikalarını geçersiz kılmak için vermiş olduğu *Brown v. Board of Education* (1954) kararı- yaptığını bulmuşlardır (Casper 1976). Diğerleri ise, ulusal siyasi elitlerin, yargı denetimine karşı çıkmadan, kölelik sorununda olduğu gibi siyaseten izlenmesi güç sorunları çözmek veya kürtaj sorununda yaşanmış olabileceği gibi bazı belirli politikaları daha etkin bir şekilde sağlamlaştırmak için, yargısal aktivizmi sıkça teşvik ettiklerine işaret etmişlerdir (Graber 1993).

Öyleyse, sonuç olarak yargı denetimi çoğunluk iktidarı üzerinde bir denetim olmaktan çok, miras alınan ve güne uygun olmayan yasaları yürürlükten kaldıran, ulusal siyaseti inatçı yerel otoritelere doğru yayan ve daha çetin siyasa sorunlarının ele alınmasında sorumluluğun sahibini değiştiren bir mekanizma olarak daha iyi anlaşılmaktadır. Bu anlamda, federal mahkemeler geleneksel olarak önceki veya alternatif siyasal grupların siyasalarını gayri meşru hale getirirken, hakim ulusal parti koalisyonunun ideolojik gündemini meşrulaştıran kurumlar olarak hizmet etmişlerdir. Siyaset bilimciler, bu anahtar niteliğindeki anlayışın üzerine, yargı kararları ile belirli parti politikaları, kritik seçimler ve iktidardaki ulusal koalisyonun siyasal gündemi arasında bağlantı kuran çok büyük sayıda amprik çalışmalar inşa etmişlerdir (Shapiro 1964, Funston 1975, Adamany 1980, Lasser 1985, Gates 1987, 1989, Clayton and May 2000, Halpern and Lamb 1998, Pickerill and Clayton 2004).²

Federal mahkemelerin siyasa yapıcı rollerinin, ulusal iktidarı oluşturan demokratik olarak seçilmiş organlara ve bunlar arasındaki ilişkilere temelden bağlı olduğu gerçeği sürpriz sayılmamalıdır. ABD'nde federal yargıçlar, seçtikleri yargıçların kendi partilerinin siyasal ideolojisini ve siyasal gündemini paylaşa-

² Diğer akademisyenler, ulusal elitlerin süreç içerisinde siyaseten savunmasız hale gelebilecek politikaları sağlamlaştırmak amacıyla nasıl geçmişte yargı erkini güçlendirdiklerini göstermişlerdir (Gillman 2002, Hirschi 2004). Mahkemelerin rolünü inceleyen mükemmel bir siyasal rejimler çalışması için bkz., Gillman 2004.

çağından emin olmaya çalışan ulusal parti liderleri tarafından tayin edilmektedirler. Başkanların ve senatörlerin çoğunlukla kendi partilerinde aktif rol almış veya kendi partilerine sadık yargıçları seçmelerinin nedeni budur (Goldman 1999). Ömür boyu görev teminatına rağmen, olağan yargıç değişim hızı dahi, mahkemelerin sıkı bir şekilde iktidardaki siyasal rejimin kontrolü altında kalmalarını garanti etmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkeme seviyesinde, tarihsel olarak Mahkeme'ye her iki yılda bir atama yapıldığı görülmektedir.³ Bu, bir partinin seçilmiş organları on yıl veya daha fazla süre ile hakimiyeti altında buldurması halinde, Mahkeme yargıçlarının çoğunu atama şansına sahip olabileceği anlamına gelmektedir. Dahası, anayasal olarak yargı çok değişik yollarla seçilmiş organlara bağlı kalacak şekilde tasarlanmıştır. Bunlar arasında, Kongre'nin yargıçları impeach⁴ edebilmesi, Mahkeme'nin yetkisini denetimi altında tutabilmesi, personel ve maaş konularını belirleyebilmesi ve icra gücüne dayanarak yargı kararlarını uygulamak yanında uygulamama imkana da sahip olması sayılabilir. Bu kurumsal bağımlılıklar göz önüne alındığında, federal mahkemelerin uzun bir süre için hakim parti koalisyonunun değerlerinden ve siyasetinden ayrılması, gerçekten de çok dikkate değer bir durum olarak değerlendirilmelidir. Yargının bağımlılığına yönelik olarak Anayasa'da var olan bu özellikler, Alexander Hamilton'ın 78 numaralı Federalist'te,⁵ yargının "*en az tehlikeli organ*" olduğunu öngörürken atf yaptığı özelliklerdir.

³ Mahkeme Başkanlığı'na yükselmeler dahil, Yüksek Mahkeme'ye toplam yüz on dört atama gerçekleşmiştir. 1789-2004 tarihleri arasında ortalama her 1.89 yılda bir atama yapılmıştır.

⁴ Impeachment: Başkan, başkan yardımcısı ve federal yargıçların da aralarında bulunduğu kamu görevlilerinin görevden uzaklaştırılmalarına yönelik cezai soruşturma. Bu yolun işletilebilmesi için Temsilciler Meclisi'nin ilgili görevliyi suçlandırması ve Senato'nun da üçte iki çoğunlukla bu suçlandırmayı kabul etmesi gereklidir (ç.n.).

⁵ Federalist: Alexander Hamilton, James Madison ve John Jay tarafından, ABD Anayasası'nın yorumlanmasına ve kabulünün savunulmasına yönelik olarak hazırlanan seksen beş makalelik bir seri. Bu makalelerin altısı hariç hepsi, ilk kez Ekim 1787- Nisan 1788 arasında New York şehrinde yayımlanan "*Independent Journal*"da yayımlanmıştır (ç.n.).

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

Şu anda, Yüksek Mahkeme'nin her zaman hakim parti koalisyonunun belirli değerlerini veya siyasal amaçlarını ileriye götürdüğünü iddia etmiyorum. Mahkeme'yi siyasal sistem içerisinde sabitleyen kurumsal özellikler makro seviyede çalışmaktadırlar ve değişmez bir koordinasyon yaratmamaktadırlar. Mahkeme, belli koşullar altında ve koalisyonun çekirdek niteliğindeki ideolojik değerleri ile kurucu unsurlarından oluşan alana el atmadığı sürece, hakim siyasal koalisyonun tercihlerinden oldukça uzağa sapabilir. Bunun yanında Mahkeme kompozisyonundaki ve tutumundaki değişiklikler, özellikle seçimlere ilişkin olarak hızlı ve çok etkili değişikliklerin yaşandığı dönemlerde, gelişmelerin seçilmiş organlara özgü kalmasına neden olabilir. Mahkeme'nin böyle dönemlerde -1932 ve 1937 yılları arasında Franklin Roosevelt'in Yeni Düzen'i⁶ (New Deal) ile ilgili önemli Anayasa'ya aykırılık kararları vermesinde olduğu gibi- kısa bir süre için hakim siyasal koalisyonuna karşı bir pozisyon alması da mümkündür. Ancak, Mahkeme'nin ortaya koyduğu böyle çoğunluk karşıtı bir tavır, yargıç seçimine ilişkin siyasal süreç sonuçta Mahkeme'yi hakim siyasal değerler ve tercihlerle aynı çizgiye çekeceği için, her zaman geçici ve kısa süreli olacaktır. Öyleyse, ABD'de federal mahkemeler genellikle, hakim siyasal koalisyonuna karşı durmamışlar, aksine tarihsel olarak hakim siyasal partinin siyasal gündemini yayma, sağlamlaştırma ve meşrulaştırmada güvenli bir ortak olarak hareket etmişlerdir.

Yeni Düzen (New Deal) Anayasal Rejimi ve Rejim Değişikliği Süreci

Eğer eski anayasal rejimleri ve bunların kuruluşunda ve güçlendirilmesinde mahkemelerin oynadığı rolü tanımlamak kolaysa, ABD'nin halihazırda bir rejim değişikliği süreci yaşayıp yaşamadığını ve eğer öyleyse, Yüksek Mahkeme'nin bunda nasıl bir rol oynadığını tanımlamak daha zordur. Bu sorunu daha iyi anlamada, geçmişte yaşanan rejim değişikliği süreçleri

⁶ Yeni Düzen (New Deal): Franklin D. Roosevelt'in başkanlığı döneminde (1932) başlattığı ulusal program (ç.n.).

hakkında bazı şeyleri bilmek yardımcı olabilir. Örneğin, Lincoln'ün seçildiği 1860 seçimlerinden sonra Cumhuriyetçi Parti'nin yükselişi nedeniyle bu seçim, genellikle Amerikan parti siyasetini sonraki altmış yıl için dönüştüren kritik bir seçim olarak görülmüştür. Lincoln'ün Cumhuriyetçi Partisi bir seri Anayasa değişikliği ve Amerikan siyasetini demokratikleştiren ve ulusallaştıran yasal reformlar yolu ile Amerikan anayasal düzenini yeniden şekillendirmiştir. Benzer şekilde, 1932'de Franklin Roosevelt'in seçimi genel olarak kritik bir seçim olarak değerlendirilmiş ve Yeni Düzen altında yürürlüğe sokulan reformlar diğer bir anayasal düzenin kurulmasına yol açmıştır (Burnham 1970, Ackerman 1991, Skownorek 1997).

Her iki anayasal rejim değişikliği sürecinde de ortak olan nokta, seçmenlerin partizan bir biçimde birleşmelerine neden olan derin bir krizin varlığı ve siyasal sistemde birliği sağlayabilecek ve güçlendirebilecek bir "dönüştürücü başkan" vizyonunun bulunmasıdır. Bu, Lincoln örneğinde "İç Savaş (Civil War)" ve "Yeniden Yapılanma (Reconstruction)" sonrası hesaplaşmaydı. Franklin Roosevelt örneğinde ise, bunlar "Büyük Buhran (Great Depression)" ve "II. Dünya Savaşı" idi. Krizlerin rejim değişikliklerinin güçlenmesinde oynadıkları role yeterince eğilinmemiştir, ancak bunların önemli olduğu açıktır. Geçmişteki değişim süreçlerinde, başkanlar krizleri siyasal muhalefeti hareketsizleştirmek ve güçsüzleştirmek için kullanırken, aynı zamanda anayasanın kurtuluşu için anayasal değişimin gerekli olduğunu mantıklı bir biçimde ileri sürme olanağına da sahip olmuşlardır (Ackerman 1991).

Ancak, önceki bu iki anayasal değişim dönemi önemli noktalarda birbirlerinden ayrılmaktadırlar. İç savaş döneminde olanın aksine, Yeni Düzen biçimsel olarak anayasa değişiklikleri üretmemiştir. Bunun yerine, anayasal değişim mekanizmaları, mevcut siyasal uygulamalar ile anayasal-yasal doktrinlerin yargısal yeniden yorumlamalarında basit birer değişiklik olarak kalmıştır. Gerçekten de, Franklin Roosevelt 1936'da yeniden seçilmesinden sonra, Yüksek Mahkeme'yi Anayasa'yı kendi Yeni Düzen programlarına izin verecek şekilde

yorumlamaması halinde bir reform paketine konu yapmakla tehdit etmiştir (üye sayısını dokuzdan on beşe çıkarmak gibi). Bugün bilinen hikaye ise, Mahkeme'nin önceleri muhalefete katılmasına rağmen, 1937'nin başlarından itibaren Roosevelt'in siyasetini ayakta tutmasıdır. Roosevelt sonraki dokuz yargıcı atamak suretiyle, Yeni Düzen siyasal ideolojisinin gelecek yıllarda anayasal olarak sağlamlaşmasını garanti altına almıştır (Leuchtenburg 1995).

Yeni Düzen döneminin Yüksek Mahkemesi anayasal doktrinleri çeşitli yollardan yeniden bir araya koymuştu. Örneğin;

- "Kazanılmış haklar" (vested rights) doktrinini ve doğa yasalarının devlet iktidarına doğal bir sınır oluşturduğu biçimindeki Lockçu görüşü terk etmiştir (*West Coast Hotel Co. v. Parrish* 1937 tarihli karar).

- Kongre'nin düzenleyici bürokrasiye siyasa yapım yetkilerini devretmesini yasaklayan ve "delegasyonsuzluk" doktrini olarak adlandırılan yaklaşımını terk etmiştir (*FPC v. New England Power Company* 1974 kararında ölmek üzere olduğu açıklanmıştır).

- Anayasa'nın 10. Ek'inde yer alan ve federal düzenleme yetkilerini sınırlamakta kullanılan "çifte egemenlik" doktrinine son vermiştir (*United States v. Darby* 1941 kararında reddedilmiştir).

- Kongre'nin vergilendirme ve harcama yetkisini, dar bir biçimde sosyal refah programları çerçevesine indirgeyen anlayışından geri adım atmıştır (*Steward Machine Co. v. Davis* 1937 kararında reddedilmiştir).

- Federal düzeyde ekonomik ve refah eksenli yasaları geçersiz kılmak için kullanıla gelen, Kongre'nin eyaletler arası ticaret düzenlemelerindeki (interstate commerce clause) yetkilerine ilişkin dar anlayışını terk etmiştir (*NLBR v. Jones and Laughlin* 1937 ve *Wickard v. Filburn* 1942 kararında terk edilmiştir).

Bunlar ve diğer yasal-anayasal doktrinlerde yapılan değişiklikler sayesinde Yeni Düzen koalisyonunun, ABD'de modern refah devletini ve düzenleyici devleti kurmasının öne açılmıştır. Dahası, mahkeme federal düzenleme yetkisinin genişlemesini meşrulaştırdığından, 14. Ek çerçevesinde daha modern bir "due process" (uygun hukuki yöntem) ve "temel özgürlükler" içtihatı geliştirerek kendisine de yeni bir rol biçmiştir. Bu içtihatla ilişkilendirilen doktrinler, mahkemelerin pasif ya da tepkisel kalmak yerine, siyasa değişimini yürüten Yeni Düzen koalisyonunun ortakları olarak inisiyatif kullanmalarını mümkün kılmıştır. Mahkeme, "birleştirme" (incorporation) ve "maddi yönden uygun hukuki yöntem" (substantive due process)⁷ doktrinleri çerçevesinde ırk ilişkilerinden ceza adaleti reformuna, cinsler arası eşitlikten sosyal ve dini azınlıkların korunmasına kadar değişik alanlarda Yeni Düzen'in siyasal gündemini ileriye taşımıştır (Klarman 1996, Powe 2003, Kersch 2004, McMahan 2004).

Yeni Sağ Anayasal Rejimi ve Yüksek Mahkeme

Bugün, Yeni Düzen anayasal rejiminin yerini, Ronald Reagan'ın 1980'de seçilmesinden bu yana cumhuriyetçi partiyi saran fikirler ve gruplardan oluşan bir "Yeni sağ" rejiminin alıp almadığı konusunda büyüyen bir tartışma yaşanmaktadır.⁸ Bu yeni sağ parti koalisyonu ile ortaklık halindeki gruplar arasında dinsel sağ, yeni-muhafazakarlar ve serbest piyasa liberalleri olarak da adlandırılan iktisadi liberalizm savunucuları bulunmaktadır (Peele 1984). Bu koalisyonu oluşturan ve bazen birbirlerinden tamamen farklı olan grupların, gerçek-tende de tutarlı bir Anayasa görüşü mü olduğu, yoksa farklı

⁷ Maddi yönden uygun hukuki yöntem (Substantive Due Process): ABD Anayasası'nın 5 ve 14. Eklerinde yer alan "uygun hukuki yöntem" (due process) düzenlemesinin, yasaların uygulamada olduğu kadar, içerik yönünden de adil ve makul olmalarını gerektirdiğini kabul eden doktrin (ç.n.).

⁸ Bu konuya ilişkin farklı fikirler için bkz. Smith and Hensley 1994, Simon 1995, Ackerman 1998, Halpern ve Lamb 1998, Balkin ve Levinson 2001, Tushnet 2003.

görüşlerinin bağdaşmazlığı mı kanıtlayacağı görülecektir. Bununla birlikte, Reagan'dan bu yana yeni sağ koalisyonu ile ortaklık halindeki bazı fikirler çok açıktır: federal gücün eyaletlere ve yerel yönetimlere devri; iktisadi bireycilik ve sosyal refah için sorumluluğun özelleştirilmesi; ticaretin, ekonominin ve çevrenin idari düzenlemelere tabi olması yerine piyasanın ve piyasa ilkelerinin kullanılması; ve sıkça "*değerler siyaseti*" veya "*kültür savaşları*" olarak anılan dinsel ya da ahlaki uyanış (Peele 1984, Pierson 1994, 1996, Whittington 2001, Hacker 2002, 2004, Pickerill and Clayton 2004).

Kesin olan bir şey var ki, o da artık Yeni Düzen Demokrat Partisi'nin var olmadığıdır. Yeni Düzen Demokrat Partisi'nin çöküşü için pek çok nedene işaret edilebilirse de bunlardan iki tanesi çok aşıkardır. İlk olarak, çağdaş sivil haklar hareketi Güney'in bu koalisyondan ayrılmasına ve Demokrat Parti'nin güney kanadının çökmesine neden olmuştur. İkinci olarak, 20. yy'nin ikinci yarısında gerçekleşen iktisadi yeniden yapılanma ve ağır sanayiden yüksek teknoloji ve bilgi teknolojisine geçiş, dramatik bir biçimde Yeni Düzen'in önemli bir kesimini oluşturan organize işgücünün etkisini azaltmıştır (Cohen et.al. 2001).

Yeni Düzen seçmen koalisyonu zayıfladıkça, onun Anayasa görüşünün merkezindeki unsurlara saldırılar başlamıştır. Bu noktada, Yeni Düzen anayasa rejiminin, biçimsel anayasa değişiklikleri ile değil de, siyasal uygulama ve yargısal yorumlamalardaki değişiklikler yoluyla oluşturulduğunu arımsayalım. Sonuç olarak, o anayasal düzende meydana gelen değişiklikler de muhtemelen aynı yoldan gerçekleşecektir ve bu nedenle bizler, bugün bu tür uygulama ve doktrinlerin nasıl değiştirildiğine özel bir dikkatle eğilmeliyiz.

Başkan Reagan açık bir şekilde mevcut anayasal yapıları Yeni Sağ'ın ideolojik gündemini yansıtacak bir biçimde dönüştürmeyi amaçladı. Gerçekten de, Başkan'ın Hukuk Siyaseti Bürosu, yönetiminin stratejik davalar ve yargıç seçimleri yoluyla gerçekleştirmeyi umduğu Anayasa değişimlerine ilişkin bir plan oluşturan bir dizi rapor hazırlamıştı (bun-

lardan bir tanesi uygun bir biçimde '2000 Yılında Anayasa: Anayasal Yorumlamada Önde Gelen Tercihler' (1988) başlığını taşıyordu). Reagan yönetimi tarafından arzulan belirli doktriner değişikliklerden bazıları şunlardı: 10. Ek çerçevesinde federalizmin dönüştürülmesi; 1. madde çerçevesinde federal düzenleme yetkilerinin kapsamının daraltılması; 5. Ek'in "takings clause" (kamulaştırma hükmü)⁹ çerçevesinde özel mülkiyet haklarının genişletilmiş bir koruması; ve Mahkeme'nin, özellikle ceza yargılaması alanında kendisini gösteren ve Yeni Düzen'in 14. Ek'i sonrası içtihadı ile ilişkili olan hakların zayıflatılması (Johnson 2003).

Bugünün Rehnquist Mahkemesi'ni oluşturan yargıçlar 1993'ten beri birlikte çalışmaktadırlar ki, bu son yüzyılın bitiminden bu yana hiçbir doğal mahkemede görülmemiş derecede uzun bir süredir. Bu Mahkeme'nin dokuz üyesinden altısı bizzat Reagan veya yardımcısı George H. Bush tarafından atanmışlardır (ya da Rehnquist örneğinde olduğu gibi yükseltilmişlerdir). Dahası, tartışmalı olmakla birlikte bu Mahkeme, 1930'lardan günümüze dek görülen ve muhtemelen tarihteki en aktivist mahkemedir (Keck 2004). Bu Mahkeme sadece dört yıl önce yapılan bir başkanlık seçimine Yeni Sağcı bir başkanın göreve gelmesini garanti etmek amacıyla müdahale etmekle kalmamış, fakat geçen on yıl içerisinde, Yeni Düzen Anayasa rejiminin merkezi unsurlarını hedef alan bir dizi karara da imza atmıştır (Balkin adn Levinson 2001). Örneğin;

⁹ Kamulaştırma Hükmü (Takings Clause): ABD Anayasası'nın 5. Ek'inde yer alan düzenleme. 5. Ek genel olarak ceza davalarındaki haklara ilişkin olmakla birlikte, kamulaştırmayı da düzenlemiştir. Buna göre; "Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri raporu ya da iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren ya da onur kırıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası ya da bir organını yitirme tehlikesi ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü ya da malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır." (ç.n.)

• Mahkeme, 1937'den bu yana ilk kez, Kongre'nin Eyaletler Arası Ticaret Düzenlemesi çerçevesindeki yetkilerini ihlal ettiği gerekçesi ile birkaç düzenleyici federal yasayı Anayasa aykırı bulmuştur.¹⁰

• Kongre'nin 14. Ek'in beşinci bölümü çerçevesinde azınlık gruplarının korunmasına yönelik yetkisini aşırı derecede sınırlandırmıştır.¹¹

• 10 ve 11. Ekler çerçevesinde yer alan çifte egemenlik doktrinini, pek çok düzenleyici federal mekanizma ve programı geçersiz kılmakta kullanmak amacıyla eski haline getirmiştir.¹²

• Özel mülkiyet haklarının ve şirketlerin anayasal düzeyde korunmasını genişletmiştir. Örneğin; Mahkeme şirketleri özel zarar davalarından Anayasa düzeyinde kurtarmış, şirket reklamlarını korumak için ifade özgürlüğünü genişletmiş, hükümetin düzenleyici programlarından şirketleri sakınmak için 1. Ek'teki ilkeleri kullanmış, ve çalışanlarına belli faydaları sağlama yönündeki federal talimatlardan şirketleri korumak için "kamulaştırma hükmü"nü kullanmıştır.¹³

• Son olarak, Rehnquist Mahkemesi, "temel özgürlükler" içtihadı çerçevesinde bazı hakların Yeni Düzen sonrası dönemde de genişletilmesine devam ederken, pek çok diğerini belirgin bir şekilde budamıştır. Örneğin; sanıkların ve mahkumların haklarını açık bir şekilde zayıflatmış,¹⁴ Kuruluş

¹⁰ *Gregory v. Ashcroft* 1991, *United States v. Lopez* 1995, *United States v. Morrison* 2000.

¹¹ *Boerne v. Flores* 1997, *Adarand v. Peña* 1995, *Kimel v. Florida* 2000, ve *United States v. Morrison* 2000.

¹² *Seminole Tribe v. Florida* 1996, *Alden v. Maine* 1999, *Florida Prepaid v. College Savings Bank* 1999, *Kimel v. Florida* 2000, *University of Alabama v. Garrett* 2001.

¹³ *BMW v. Gore* 1996, *44 Liquor Mart v. Rhode Island* 1996, *Thompson v. Western States Medical* 2002, *United States v. United Foods* 2001, *Eastern Enterprises v. Apfel* 1998.

¹⁴ *Minnesota v. Dickerson* 1993, *Ohio v. Robinette* 1996, *Thorton v. United States* 2004, *Arizona v. Evans* 1995, *Chavez v. Martinez* 2003, *United States v. Pantane* 2004, *McCleskey v. Kemp* 1987, *Payne v. Tennessee* 1991, *Lockhard v. Fretwell*

Hükmü (Establishment Clause) içtihadı çerçevesinde kilise ve devlet arasındaki alanı daraltmış,¹⁵ özel yaşamın gizliliği hakkını doktor yardımıyla intihar olaylarına veya okullarda ve işyerlerinde uyuşturucu aramalarına kadar genişletmeyi reddetmiş ve son olarak kürtaj hakkını daraltmıştır ve (belki de) bu hakkı ortadan kaldıracaktır.¹⁶

Gelişmelere rağmen, Yeni Düzen'in geçmişte kaldığına ağlamak ya da bir Yeni Sağ Anayasal Rejimi'nin gelişini müjdelemek için henüz koşullar olgunlaşmamıştır. Örneğin; Mark Tushnet, yakınlarda Rehnquist Mahkemesi'nin şimdiye kadar ki içtihadıyla Yeni Düzen Anayasası'nın sadece "ıslah edilmiş" bir versiyonunu benimsediğini ileri sürmüştür (Tushnet 2003). Buna rağmen, Rehnquist Mahkemesi'nin sayılanlar yanında diğer yakın tarihli kararları en azından, gelecekteki anayasal gelişmeler için bazı yolları kapayabilecek belirli bir "yol bağlılığı" olan güçleri yaratacaktır (Pierson 2000). Bu nedenle, ABD'nin anayasal tarihinin önemli bir dönüm noktasında olduğu açık bir biçimde görülmektedir. Bu dönüm noktasının bir Yeni Sağ Anayasal Düzeni'ne doğru mu yönlendiği, yoksa basit bir biçimde Yeni Düzen Rejimi'nde devam etmekte olan düşüşe mi işaret ettiği görülecektir. Ancak, George Bush'un yeniden seçilmesi çok önemli olabilir.

George W. Bush: Reagan Devriminin Tamamlanması mı?

İkinci Bush döneminde neler olacağını öngörmek için henüz erkense de, Bush'un yeniden seçilmesinin Reagan tarafından başlatılan anayasal rejim değişikliğinin tamamlanmasında başrol oynayabileceğini gösteren en az üç temel gösterge bulunmaktadır. Birinci olarak, bir cumhuriyetçi başkanın, Kongre'nin

1996, *Felker v. Turpin* 1996, *Calderon v. Coleman* 1998.

¹⁵ *Lamb's Chapel v. Moriches Union Schools* 1993, *Rosenberer v. University of Virginia* 1995, *Agostini v. Felton* 1997, *Mitchell v. Helms* 2000, *Zelman v. Simmons-Harris* 2002.

¹⁶ *Washington v. Gluckburg* 1997, *Vernonia School District v. Acton* 1995, *Planned Parenthood v. Casey* 1993.

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

her iki kanadında daha muhafazakar ve daha çok sayılardan oluşan cumhuriyetçi çoğunluklarla birlikte ikinci kez başkan seçilmesi, 1932'den bu yana gerçekleşmemiş bir olaydır. Reagan'ın seçilmesi, aynı zamanda Kongre'de cumhuriyetçilerin egemenliği sağlanamadığı için, akademisyenler tarafından "tamamlanmamış" veya "kısmi" bir "yeniden yapılanma" olarak adlandırılmıştır (Beck 1988). Gelecekte siyasal tarihçiler, Bush'un yeniden seçildiği 2004 seçimlerini, belirleyici bir halk oyu ve Kongre'de büyüyen cumhuriyetçi çoğunluklarla birlikte, peki-la Reagan tarafından başlatılan kritik seçmen yeniden yapılanmasını sonuçlandıran bir seçim olarak değerlendirebilirler.¹⁷

İkinci olarak, George W. Bush'un Reagan'dan bu yana hiçbir başkanda olmadığı kadar Yeni Sağ'ın Anayasa görüşünü paylaşması gelmektedir. Birinci görev döneminde, Bush yönetiminin vergileri büyük ölçüde azaltması, sosyal refahı özelleştirme çabaları, düzenleme karşıtı ve ticaret yanlısı iktisadi siyaset programı ve açık bir şekilde din eksenli muhafazakar kültür politikalarının hepsi (yönetimin özellikle inanç temelli inisiyatifleri, kürtaj ve kök hücre araştırmaları karşıtı politikaları ve evlilikle ilgili Anayasa değişikliğine ilişkin olarak homoseksüel karşıtı savunuları), Reagan'ın başkanlığı döneminde geliştirilen siyasal-anayasal görüşlerin izlenmesinin bir sonucudur (Johnson 2003, Campbell and Rockman 2004). Dahası, Reagan döneminde olduğu gibi, Bush'un Adalet Bakanı Ashcroft yönetimindeki Adalet Bakanlığı'nın da, Yeni Sağcı bir hukuk gündeminin oluşturulmasını ve göreve gelecek yargıçların Yeni Sağcı olmasını amaçlayan saldırgan bir ihtiras içinde oldukları görülmektedir (O'Brien 2004). Bu gidişatın, Başkan'ın Yüksek Mahkeme'de boşalacak olan en az bir ve muhtemelen iki veya üç sandalyeye atama yapma-

¹⁷ Bill Clinton'ın 1992'de Kongre'nin her iki kanadında da Demokrat çoğunluklarla birlikte seçilmesi "Yeni Demokrat" değerler ve gruplar çevresinde bir yeniden yapılanmaya neden olmuş olabilir. Ancak, devamında Demokratların Kongre'nin her iki kanadında da kontrolü kaybetmeleri, Clinton'ın 1998'de Temsilciler Meclisi tarafından suçlandırılması (impeachment) ve Albert Gore'un 2000'deki başkanlık seçimini kılpayı kaybetmesi bu ihtimalin önünü kesmiştir.

sının beklendiği ikinci Bush döneminde de devam edeceği öngörülebilir.

Son olarak, Başkan Bush yeniden seçilme yolundaki kampanyasını 11 Eylül'den sonra ulusun karşılaştığı kriz ve terörizme karşı savaşta başkumandan olarak kendi rolü üzerine inşa etmiştir. Birinci görev döneminde Başkan, "terörizm krizi"ni yürütmenin anayasal yetkilerini genişletmek ve güçlendirmek için kullanmıştı (Kassop 2004). Dahası, Bush'un ikinci seçim kampanyasında ortaya konan kriz anlayışı -bu anlayış güzel bir şekilde "kurtlar ormanında" kampanya reklamı ile özetlenmiştir- etkili bir biçimde siyasal muhalefeti kıstırılmış ve yönetiminin başka türlü Anayasa'ya uygun olduğu tartışılabilecek siyasalarını meşrulaştırmak için kullanılmıştır -ulusal güvenlik ve yürütmenin gizliliği ile ilgili geniş başkanlık yetkilerinin savunulması ve tek taraflı bir dış siyaset yönetiminin yolunu açan Patriot Act (Vatansever Yasası) gibi.- "Terörizm krizi"nin yönetim tarafından birinci dönem boyunca anayasal değişimi haklılaştırmak ve ikinci bir dönemi kazanmak için başarı ile kullanıldığı göz önünde tutulursa, terörizm krizinin partizan tutumları kuvvetlendirmesi ve Yeni Sağ'ın ideolojik değerlerini sağlamlaştırarak sabit hale getirmesi pekala mümkündür.

Tabii ki, Bush yönetiminin "terörizme karşı savaş"ının tam aksi bir etki yaratması da mümkündür. Örneğin; Irak'daki durum, Yeni Sağ rejiminin seçmen tabanını, kuvvetlendirmek yerine geriletebilir ve sonuçta aşındırabilir. Açık bir şekilde, iç savaş farklı bir şekilde sonuçlansaydı veya Franklin Roosevelt ekonomik kriz içerisindeki bir ülkeye başkanlık etmeye devam etse, ya da II. Dünya Savaşı'ndaki siyasetinde başarısız olsaydı, Amerikan anayasal tarihi dersleri çok daha farklı olurdu. Bu nedenle, Bush yönetiminin "terörizm krizi"ne vurgu yapan siyasetinin, Yeni Sağcı anayasal özlemleri sağlamlaştırmak yerine, onları kararsızlığa düşürmesi bütünüyle ihtimal dahilindedir.

Bundan başka, daha önce de belirttiğim gibi, Yeni Sağ seçmen koalisyonu ile ortaklık halinde olan çeşitli grupların

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

birbiriyle uyumlu Anayasa görüşleri olup olmadığı da açık değildir. Dinci Sağ'ın medya şirketlerini sansürlemek veya piyasa güçlerine karşı geleneksel toplumu korumak gibi bazı tercihlerinin liberteryanlar ve serbest pazar liberalistleri tarafından kabul edilebilir olmadığı kesindir. Yeni Sağ siyasal koalisyonu, olası bir biçimde kendi içindeki yarılmaların neden olduğu gerilim, özellikle de koalisyonu oluşturan grupların kendi siyasa tercihlerini anayasal konular ve doktrinler içerisinde güçlendirmek için yarıştıklarında ortaya çıkacak içsel gerilim nedeniyle çökebilir. Gerçekten de, yakınlarda Rehnquist Mahkemesi'nin muhafazakar üyeleri arasında ifade özgürlüğü, kürtaj, homoseksüel hakları ve pozitif ayrımcılık gibi konularda yaşanan çelişkiler, koalisyon içerisindeki görüşler farklı yargıçlar tarafından içtihadı görüşlerde temsil edildikleri için, koalisyondaki fay hatlarını yansıtıyor olabilir. Her durumda, çakışan bazı anayasal görüşlerin oluşturulup oluşturulamayacağı sorusu daha fazla akademik dikkati gerektiren ilginç bir sorudur.

Tüm bunlar gerçekte, Mahkeme, başkanlık ve ABD'deki anayasal gelişimin geleceği hakkında düşünmek için özellikle çekici bir anda olduğumuzu göstermektedir. Mahkeme, açık bir şekilde seçim sonuçlarını takip etmektedir ve son seçim sonuçlarının anayasal yapılar için daha uzun dönemde ne anlama geldiği yakında belirginleşmelidir.

Bu arada, Yüksek Mahkeme'nin Amerikan demokrasisindeki rolünü nasıl değerlendirdiğine ilişkin olarak yanlış anlaşılacak istemem. Mahkeme, ABD'ndeki demokratik siyasetin gelişiminde, genellikle zannedildiği gibi olmasa da, önemli bir rol oynayabilir ve oynamıştır da. Rolü büyük ölçüde marjinaldir. İktidarın bir anayasal rejimden diğerine geçmesini meşrulaştırmış, geçici çoğunlukların azınlık haklarını sınırlamasını engellemiş (her zaman ve uzun süre için olmasa da), ve bazen demokratik müzakerenin dili ve sınırlarının şekillendirilmesinde önemli roller oynamıştır. Bunlar önemsiz roller değildir, fakat bunlar özgürlükçü hakların ya da çoğunlukçu düşüncelere karşı demokratik değerlerin

bekçisi olmakla da aynı değildir. Mahkemelerin ve hukukun üstünlüğünün tek başlarına böyle bir rolü oynayabileceğini düşünenler, korkarım inançlarını bir ejderhanın, ya da Jerry Rosenberg'in sözleriyle bir "hula hopun" içine koymaktadırlar (Rosenberg 1991). Bu nedenle, sınırlı iktidar ve liberal demokratik haklarla değerlerin çoğunlukçuluğa karşı korunmasıyla ilgilenenlerimiz, demokratik mobilizasyon ve yöneten çoğunlukların bu gibi değerleri kucaklamaya teşvik edilmesi üzerinde düşünmeye daha fazla zaman ayırmalıydılar.

KAYNAKÇA

Ackerman, Bruce, *We the People*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1991.

We the People, Transformations. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 1998.

Adamany, David, "The Supreme Court's Role in Critical Elections" In B. Campbell and R., Trilling (eds.), *Realignment in American Politics*. Austin, TX: University of Texas Press, 1980.

Atiyah, Patrick S., "Judicial-Legislative Relations in England" In Robert Katzmann (ed.), *Judges and Legislators: Toward Institutional Comity*. Washington D. C., Brookings, 1988.

Balkin, Jack M. and Sanford Levinson, "Understanding the Constitutional Revolution" *Va. Law Rev.* 87: 1045-1109, 2001.

Beck, Paul, "The Reagan Presidency and Parties: An Incomplete Realignment" In Charles Jones (ed.), *The Reagan Legacy: Promise and Performance*. Chatham, N.J., Chatham House, 1988.

Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

Campbell, Colin and Bert A. Rockman, "The George W. Bush Presidency: Appraisals and Prospects" Washington D. C., CQ Press, 2004.

Clayton, Cornell W. and David May, "The New Institutionalism and Supreme Court Decision Making: Toward a Political Regime Approach" *Polity* 32: 233, 2000.

DEMOKRASİ VE YARGI

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

- Cohen, Jeffrey E., Richard Fleisher, and Paul Kantor (eds), *American Political Parties: Decline or Resurgence*. Washington, D. C., CQ Press, 2001.
- Dahl, Robert, "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker" *Journal of Public Law* 6: 279, 1957.
- Devins, Neal, "The federal-rights nexus: Explaining why Senate Democrats tolerate Rehnquist Court decision-making but not the Rehnquist Court" *U. Colorado L. Rev.* 73: 4, 2002.
- Dunne, Peter Finley, *Mr. Dolley's Opinions*, New York: Haper, 1901.
- Friedman, Barry, "The Countermajoritarian Problem and the Pathology of Constitutional Scholarship" *Northwestern Univ. L. Rev.* 95: 933, 2001.
- Funston, Richard, "The Supreme Court and Critical Elections" *American Political Science Review* 69: 795, 1975.
- Gates, John B., "Partisan Realignment, Unconstitutional State Policies, and the U.S. Supreme Court" *American Journal of Political Science* 31: 259, 1987.
- *The Supreme Court and Partisan Realignment: A Macro- and Microlevel Perspective*, Boulder, CO: Westview Press, 1992.
- Graber, Mark A., "Federalist or Friends of Adams: The Marshall Court and Party Politics" *Studies in American Political Development* 12: 229, 1998.
- "Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship," *Law and Social Inquiry* 27: 309, 2002.
- Gillman, Howard, "How Political Parties Can Use the Courts to Advance Their Agendas: Federal Courts in the United States 1875-1891", *American Political Science Review* 96: 511-524, 2002.
- "Courts Are More Interesting Than We Think: Elements of a New 'Regime Politics' Tradition in Public Law Scholarship", *Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association*, Chicago, IL, 2004.
- Goldman, Sheldon, *Picking Federal Judges*. New Haven, Conn, Yale University Press, 1997.
- Hacker, Jacob S., *The Divided Welfare State: The Battle Over Public and Private Social Benefits in the United States*. Cambridge: University of

Cambridge Press, 2002.

——— "Privatizing Risk Without Privatizing the Welfare State: The Hidden Politics of Social Policy Retrenchment in the United States" *American Political Science Review* 98: 243, 2004.

Keck, Thomas M., *The Most Aactivist Supreme Court in History : The Road to Modern Judicial Conservatism*, Chicago, University of Chicago Press, 2004.

Kersch, Ken I., *Constructing Civil Liberties: Discontinuities in the Development of American Constitutional Law*. Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

Klarman, Michael J., "Rethinking the Civil Rights and Civil Liberties Revolutions" *Va. Law Rev.* 82: 1, 1996.

Lasser, William, "The Supreme Court in Periods of Critical Realignment" *Journal of Politics* 47: 1174-1187, 1985.

Leuchtenburg, William, *The FDR Years: On Roosevelt and his Legacy*. Columbia University Press, New York 1995.

McMahon, Kevin J., *Reconsidering Roosevelt on Race: How the Presidency Paved the Road to Brown*, University of Chicago Press, Chicago 2004.

Miller, Russell A., "Lords of Democracy: The Judicialization of 'Pure Politics' in the United States and Germany" *Washington and Lee L. Rev.* 61:587; 2004.

O'Brien, David, "The Reagan Judges: His Most Enduring Legacy" In Charles Jones (ed.), *The Reagan Legacy: Promise and Performance*, Chatham House, Chatham, NJ 1988.

Office of Legal Policy, *Report to the Attorney General, The Constitution in the Year 2000: Choices Ahead in Constitutional Interpretation*, US Department of Justice, Washington DC 1988.

Peele, Gillian, *Revival and Reaction: The Right in Contemporary America*. Clarendon Press, Oxford 1984.

Pickerill, Mitchell J. and Cornell Clayton, "The Rehnquist Court and the Political Dynamics of Federalism" *Perspectives on Politics* 2:233, 2004

Pierson, Paul, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher, and the Politics of Retrenchment*, Cambridge University Press, Cambridge 1994.

DEMOKRASİ VE YARGI

CORNELL
CLAYTON'IN
TEBLİĞİ

- "The New Politics of the Welfare State" *World Politics* 48: 143, 1996.
- "Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics" *American Political Science Review* 94:251, 2000.
- Powe, Lucas A. Jr., *The Warren Court and American Politics*, Mass, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2001.
- Rosenberg, Gerald N., *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change*, University of Chicago, Chicago 1991.
- Shapiro, Martin, "Political Jurisprudence" *Kentucky L. J.*, 52: 294, 1964.
- Simon, James F., *The Center Holds: The Power Struggle Inside the Rehnquist Court*, Simon & Schuster, New York 1995.
- Skowronek, Stephen, *The Politics Presidents Make: Leadership from John Adams to Bill Clinton*, Mass, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1997.
- Smith, Christopher E., and Thoomas R. Hensley, *Unfulfilled Aspirations: The Court Packing Efforts of President Reagan and Bush*, *Alabama L. Rev.* 57: 111, 1994.

ATIF YAPILAN KARARLAR

- 44 Liquormart v. Rhode Island, 517 US 484 (1996).
- Agostinie v. Felton, 521 US 203 (1997).
- Aderand v. Pena, 515 US 200 (1995).
- Alden v. Maine, 527 US 706 (1999).
- Arizona v. Evans, 514 US 1 (1995).
- BMW of North America v. Gore, 517 US 599 (1996).
- Boerne v. Flores, 521 US 507 (1997).
- Caldron v. Coleman, 525 US 141 (1998).
- Eastern Enterprises v. Apfel, 522 US 1105 (1998).
- Felker v. Turpin, 518 US 651 (1996).
- Florida Prepaid Postsecondary Education Brd. v. College Savings Bank, 527 US 627 (1999).
- FPC v. New England Power Company, 415 US 545 (1974).

- Gregory v. Ashcroft, 501 US 452 (1991).
- Kimel v. Florida, 528 US 62 (2000).
- Lamb's Chapel v. Center Moriches School Dist., 508 US 384 (1993).
- Lawrence v. Texas, 539 US 558 (2003).
- Lockhart v. Fretwell, 506 US 364 (1993).
- Mack v. United States, 521 US 898 (1997).
- McCleskey v. Kemp, 481 US 279 (1987).
- Minnesota v. Dickerson, 508 US 366 (1993).
- Mitchell v. Helms, 530 US 793 (2000).
- New York v. United States, 505 US 144 (1992).
- NLRB v. Johns and Laughlin, 301 US 1 (1937).
- Ohio v. Robinette, 519 US 33 (1996).
- Payne v. Tennessee, 501 US 111 (1991).
- Planned Parenthood v. Casey, 505 US 833 (1992).
- Printz v. United States, 521 US 898 (1997).
- Rosenberger v. University of Virginia, 515 US 819 (1995).
- Seminole Tribe v. Florida, 517 US 44 (1996).
- Steward Machine Co. v. Davis, 301 US 548 (1937).
- Thompson v. Western Medical, 535 US 357 (2002).
- United States v. Darby, 312 US 100 (1941).
- United States v. Lopez, 514 US 549 (1995).
- United States v. Morrison, 529 US 598 (2000).
- United States v. United Foods, 533 US 405 (2001).
- University of Alabama v. Garrett, 531 US 356 (2001).
- Vernonia School District v. Acton, 515 US 646 (1995).
- Washington v. Glucksburg, 521 US 702 (1997).
- West Coast Hotel v. Parrish, 300 US 379 (1937).
- Wickard v. Filburn, 317 US 111 (1942).
- Zelman v. Simmons-Harris, 536 US (2002).

Oturum Başkanı: Sayın Prof. Clayton'a bu aydınlatıcı konuşmasından dolayı teşekkür ediyorum.

Şimdi sıra sayın Christoph Görisch'te; kendisi Alman Federal Anayasa Mahkemesi üzerinde konuşacak.

Buyurun.

CHRISTOPH
GÖRISCH'İN
TEBLİĞİ

Yrd. Doç. Dr. Christoph GÖRISCH (Westfälische Wilhelms Üniversitesi):*

A. Giriş

Bu rapor, demokrasinin pekişmesinde yargının rolünü Alman bakış açısından ele almaktadır. Bu raporun hazırlanma gerekçesi Türkiye'de gerçekleştirilen bir sempozyum olduğundan, Alman hukukuna dönmeden önce, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na da kısaca değinmek istiyorum.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. Maddesi, yargı yetkisinin "*Türk Milleti adına*" karar vermesini şart koşar. Bu maddenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 6. Maddesi'ndeki temel demokrasi beyanına işaret ettiği oldukça açıktır. Buna göre, "*Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir.*" Almanya'da bu genel millî egemenlik ilkesi ya da halkın egemenliği Anayasa'nın 20. Maddesinde belirtilmektedir. Söz konusu maddede, "*Tüm devlet otoritesi halktan gelir*" denmektedir. Yani, yargı yetkisinin "*halk adına*" kullanılması şartı Almanya'da da açıkça düzenlenmiştir. Bunun somut örnekleri, yargının farklı dallarına ilişkin usûl kanunlarında yer alan kurallarda görülebilir. Her bir hüküm "*milletin adına*" sözleriyle başlar ve böylelikle devletin demokratik yapısının özünü belgeler. Bunun sonucu olarak, Türkiye'de olduğu gibi Almanya'da da yargı açık bir demokratik temele dayanır.

* "Alman Anayasası Altında Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü" başlıklı tebliğ. Sözel bir raporun özgün karakterine göre, dipnotlarda verilen referanslar geniş kapsamlı değildir, alıntılarla sınırlandırılmıştır (Özgün olarak İngilizce olmadığında tercüme edilmiştir) ve mahkeme kararlarına açık bir şekilde yer verilmiştir.

Ne var ki, en azından Almanya'da, yargının temelinin halkın egemenliğine dayandırılmasından hiçbir hukukî sonuç çıkarılmamaktadır. Bu durum, esasen hâkimlerin zihni tutumlarına bir yöneliş olarak görülür ve deyim yerindeyse, "demokratik devlette yargısal değerler sisteminin" bir göstergesidir.¹ "Millet adına" sözlerine yanlışlıkla yer verilmediğinde mahkeme kararı yine de geçerlidir.

Belli bir davaya ilişkin bir kararla ilgili olarak yargı yetkisinin halkla doğrudan bağlantısı da bu sözlerde görülmez; aksine "halk adına" sözlerinin "halk tarafından" sözünün tam aksi olduğu belirtilir. Bu nedenle, halk yargı yetkisinde rol almamalıdır. Bu, anayasal yargı bağımsızlığı ilkesini karşılamaktadır. Tüm mahkeme kararlarının "halk adına" alınması şartı bütünüyle değerlendirildiğinde, mevcut koşullar içerisinde yargının da demokratik gerekliliklere tabi olduğunu gösterir.

B. İşlevsel Katılım

Ne var ki, bu sonuç halkın egemenliği genel ilkesinden de çıkartılabilir. Devlet erkinin bir uygulaması olarak yargı, demokratik meşruluğa ihtiyaç duyar. Genel anlamda "halk ile devlet erki arasındaki bu sorumluluk ilişkisi" öncelikli olarak parlamentonun seçimi ile yaratılır.² Anayasa'daki temsili demokraside, halk tarafından seçilen parlamento temel karar alma organıdır. Kişisel olduğu kadar olay temelinde de meşruiyeti yargıya devreder: hem hâkimlerin atanması -kişisel olarak-, hem de kararlarının içeriği -olay temelinde- parlamento tarafından takip edilebilir olmalıdır.

I. Yasalara Bağlılık

Hükümlerin içeriği açısından olay temelli meşrulaştırma hâkimlerin yasalara bağlılığını gerektirmektedir. Parlamentosunun yasaları halkın seçilmiş temsilcilerince yapıldığından doğrudan meşruiyet sağlamaktadırlar. Buna ek olarak, parla-

¹ Jutta Limbach, "Im Namen des Volkes" (1999): 105, 113.

² 93 Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [bundan sonra: BverfGE] (1996): 37 (66).

menter süreç büyük ölçüde tartışma ve karar almanın kamuya açıklığını ya da diğer bir deyişle demokratik şeffaflığı da temin eder. Bu iki etkenden dolayı -doğrudan meşruiyet sağlama ve yüksek yönlemsel şeffaflık- parlamentonun yapmış olduğu yasalar Anayasa'nın temsili demokrasisinde anahtar bir konuma sahiptir.

Buna karşılık, mahkemelerin temel görevi somut uyuşmazlıkları nihaî bir biçimde çözmektir. Bu devlet faaliyeti, parlamento yasalarınca meşrulaştırılır, çünkü karar yalnızca yasal standartlara göre alınmak durumundadır. Kanunları yorumlayışı ve bunları ilgili olaya uygulaması nedeniyle hâkimin yasalar üstünde belirleyici bir etkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, her bir karar "*hukuk yaratma*" unsurunu içermektedir.³ Hâkimin uygulamak zorunda olduğu yasalar üzerindeki bu şekillendirici etki prensipte yaygın bir şekilde kabul edilir. Somut olaydan ayrı olarak, yargı kararı genellikle, ilgili düzenlemenin gelecekteki uygulanmasıyla ilişkili olarak - Kıt'a Avrupası geleneğine bağlı Alman Anayasa Hukuku'nda bile- emsal etkisine sahiptir. Bu emsal etkisi Anglo-Amerikan hukukundaki yargıç tarafından yaratılan hukuk sistemi kadar güçlü olmayabilir. Yargı bütünüyle, ilgili somut olaydan yola çıkarak, parlamento tarafından yaratıldığı hukuk üzerinde belirli bir şekillendirici etkiye sahiptir. Bu nedenle, yargı iki şekilde demokratik sorumluluk taşımaktadır: Mahkemeler bir tarafta diğer devlet otoriteleri ve vatandaşlarca yasaların nasıl uygulandığını denetler. Bu, güçler ayrılığı sisteminde ve bu güçlerin demokrasinin sürdürülmesine katkısında mahkemelerin temel görevidir. Diğer taraftan, mahkemeler bizzat yasalarca kısıtlanmıştır. Mahkemelerin nihaî hüküm gücü dolayısıyla, kendi meşruiyetleri -ki bu da yasalarca kısıtlanmak yoluyla gerçekleşir- dışarıdan hiçbir doğrudan kontrole tabi değildir. Bu nedenle, demokratik olarak meşrulaştırılmış yasama organı geniş olarak yasalara bağlılığını kendi kendine denetleyen ve uygulama ile yasaların yaratılması arasındaki sınırı aşmayan bir yargıya bağlıdır. Tam da yargının hukuka bağlılığının herhangi bir dış denetime tabi olmaması

³ Michael Reinhardt, *Konsistente Jurisdiktion* (1997): 86.

nedeniyle, yargı, yasal sınırları içerisinde kalarak uygulamadan kaynaklanan hukuk yaratmanın gereklerine, deyim yerindeyse “gönüllü olarak” uyarsa –bu mahkemeler için yasalara uygun hareket etmek dışında bir şey ifade etmese de- bu durum, yargının demokrasinin pekişmesine belirli bir işlevsel katkısı olarak görülmelidir.

Bu arka plana rağmen yargıçlar tarafından yaratılan hukuk tartışmalı ve çekişmelidir. Genellikle, tüm ilgili kararlar Anayasa'ya göre en önemli demokratik organ olan parlamento tarafından alınmalıdır. Bu nedenle, yargıç tarafından yaratılan hukuk yasayı aştığı ya da yasalarla çatıştığı takdirde sorgulanabilir. Ne var ki, tamamıyla özel hukuk uyuşmazlıkları alanında, yani vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıklarda, mahkemeler her durumda bir hüküm vermeye mecburdur. Bu görev, yasama organı hareketsiz kaldığında bile geçerlidir. Bu nedenle mahkemeler, yasal düzenlemeler eksik olsa bile, özel uyuşmazlıkları karara bağlamaya mecburdur. Yasama organının bizzat belirli bir uyuşmazlığı düzenlemek zorunda olduğunu iddia eden demokratik argüman, vatandaşları hedef almamalıdır ve bu nedenle de, bu noktada başarısızlığa uğrar. Aksine, şayet bir vatandaşa karşı devletin resmi bir eylemi, ilgili olayda vâkâda eksik olan bir yasal yetkiyi gerektiriyorsa, bu durumda mahkemelerin böyle bir düzenlemeyi tek başlarına yapma yetkisi yoktur. Bu nedenle, hükümetin vatandaşın alanına müdahalesi açısından, yasal yetki ihtiyacı mahkemeler için de geçerlidir.

Şayet yasal bir boşluk yoksa, diğer bir deyişle: yasama organı belirli bir düzenleme yapmışsa, ister bir özel hukuk davasında, isterse bir kamu hukuku davasında yargılama yapıyor olsunlar, mahkemeler yasal koşullarla kısıtlanmışlardır. Prensipite, mahkemeler asla yasalara karşıt bir hüküm vermeye yetkili değildirler, yani yasal bir düzenlemeyi reddedemez ya da değiştiremezler. Ne var ki, Anayasa yalnızca yürütme yetkisi ve yargının hukuka tabi olduğunu söylemekle kalmaz, aynı zamanda bunların “hukuka ve adaletle” bağlı kalmak zorunda olduklarını da açıkça belirtir. Adalet, ki hukuktan önde gelir,

öncelikle anayasadan kaynaklanabilir. Anayasa'da belirlenen anayasal düzen ve özellikle de temel haklar yasama organını bile açıkça bağlar. Bununla birlikte, her hâkimin kendisine göre anayasa aykırı olan yasayı tanımama hakkı yoktur, çünkü Anayasa parlamentonun anayasaya aykırı yasalarını feshetmek ya da iptal etmek için özel prosedürler getirmiştir. Her ne kadar mahkemeler arızı olarak, istisnai durumlarda yargıç tarafından yaratılmış yasaya aykırı hukuka yer olduğuna karar vermiş olsalar da, bu kararlar anayasa hukukçularının çoğunluğu tarafından tartışılmaktadır. Bu nedenle, mahkemeler demokrasiyi bu açıdan tehdit edebilirler: kanundan kaynaklanan hukukun her göz ardı edilişi ya da reddi, prensipte parlamenter demokrasinin zayıflaması anlamına gelir.

Giderek artan "*yargıç devleti*" ya da "*yargısal devlet*"⁴ yönelik uyarılar, yargısal faaliyetin bu tehlikelerini hatırlattıkları ölçüde haklıdır. Ama, mevcut yargının doğruluğu temelde sorgulanacak olursa, ithamlar genellikle abartılı görünecektir. Yargıçlar tarafından şekillendirilen hukukun sürekli artan sayısından bahsetmek yeterli değildir. Yargıç tarafından hukuk yaratılması, kendiliğinden yetkisiz olarak yargısal hukuk yaratılması anlamına gelmez. Yargı faaliyetlerinin artan geçerliliğinin temel nedeni, yasal düzenlemelerin genel olarak çokluğu ve özellikle de artmakta olan geniş kapsamlı ve genelleştirici düzenlemelerdir. Ne var ki, bu gelişme mahkemelerin yasalara bağlılığını etkilemez. Demokrasi ilkesi, mahkemelerden özel sınırlamalar yoluyla bu gelişmeler doğrultusunda faaliyette bulunmasını talep etmez. Mahkemelerin demokrasinin pekişmesine katkısı, yasal sınırları içinde kaldıkları sürece, yasamanın neden olduğu yargıç tarafından yaratılan hukukun artışı ile azalmaz.

Ne var ki, yargısal faaliyet için zorluk sadece hukukun uygulanması ile yaratılması arasındaki sınırın belirsizliğinin-

⁴ Krş. Norbert Leser, *Staatsrecht und Staatswissenschaften, Zeiten des Wandels, Festschrift für Ludwig Adamovich, Bernd-Christian Funk*. (1992): 331; Bernd Rüthers, *57 Juristenzeitung* (2002): 365; Klaus Weidmann, *22 Juristische Arbeitsblätter* (1990): 10, örneğin.

den değil, aynı zamanda yargıç tarafından yaratılan hukukun yasayı aşan ve yasa karşısı olması arasındaki sınırın belirsiz olmasından da kaynaklanmaktadır. Belirli bir olayda yargısal karar alma yetkisinin asıl alanı, somut bir değerlendirme ile belirlenebilir. Kanunların uygulanması kapsamında bile, mahkemenin yorumlamanın nesnel kurallarına kıyasla yasanın niyetine atfettiği önemin derecesi, bir değerlendirme sorunudur. Değerlendirmenin unsurları, mahkemeler kendi başlarına yasalara bağlılıklarının kapsamına dair karar almak durumunda olduklarında, demokratik sorumluluğu genişletir, ki bu da mahkemelere dayatılmış bir sorumluluktur. Bundan dolayı, demokrasinin pekiştirilmesine yapılan katkı, mahkemelerin kendi faaliyet alanlarını tanımlarken artan bir şekilde parlamenter hukukun önemini belirtmeleri gerçeğinde görülebilir.

II. Adalet ve Bütünleyici Etki

Her durumda, mahkemeler, yargıç tarafından yaratılan hukukun mazur görülebilirlik sınırını, yasalara bağlılık ilkesine sıkı sıkıya uyulması gerektiğini düşünen hukukçu akademisyenlerden biraz daha ötede çizmektedirler. Fakat, mahkemeler böyle hareket ederken aynı zamanda demokratik bir amaç da güdüyor olabilirler. Her ne kadar zaman zaman "*yargıda bir güven sorunu krizi*"⁵ gündeme gelse de, mahkemeler hala halkın güveninde özel bir konuma sahiptir. Mahkemeler somut uyuşmazlıklara ilişkin nihai hüküm verme yetkisine sahip olmaları nedeniyle, aslında başlangıç noktası parlamenter seçimlere dayanan yasaya dayalı hukuk düzenin insanlara yansıyış biçiminden sorumludur. Mahkemelerin bu sorumluluğu somut davalar yönünden adaleti temin etme görevini de içerir. Daha önce de belirtmiş olduğum gibi, Anayasa açık bir biçimde yargının yalnızca hukuka değil, "*hem hukuka hem de adalet*" tabi olma zorunluluğunu belirtir. İnsanların yalnızca hukuka uygun değil, aynı zamanda adil bir yargılamaya olan inancının hayal kırıklığına uğratılmaması da demokratik bir gereksinim olarak görülür. Buna göre, halihazırda halkın

⁵ Krş. Ernst Benda, 36 Die Öffentliche Verwaltung (1983): 305.

CHRISTOPH
GÖRISCH'İN
TEBLİĞİ

yargısal faaliyetler üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur, ama halkın egemenliği ilkesine göre yalnızca halkın iradesinin temsilcileri değil, yargı da halkın iradesince takip edilebilir olmak zorundadır. Bu açıdan "*toplum ve hukuku aynı çizgide tutmak ve böylelikle de devlet biçiminin bütünlüğüne katkıda bulunmak*" tüm mahkemelerin görevidir (Reinhard Zippelius).⁶ Mahkemeler bunu gerçekleştirmek suretiyle, halk ile devlet arasındaki mesafenin azaltılmasına yardımcı olur. Bu, aynı zamanda temsili demokrasinin pekiştirilmesine de bir katkıdır.

Bununla birlikte, temel demokratik bir gereklilik genel olarak yasalara bağlılık mahkemelerin tasarrufunda yer almaz. Yasamanın düzenlemeleri bizzat toplumun çoğunluğunun kanaatini ifade eder ve bu yüzden de "*hukuk ve adalet*" göre hüküm verdiğinde, daima yargıcın başlangıç noktası olmak zorundadır.⁷ Yasaların uygulanmasının ötesinde, mahkemelerin yasaya karşı hareket etme yetkisi de bu nedenle yalnızca oldukça istisnai durumlarda düşünülebilir; bu, deyim yerindeyse her zaman son derece sorunsal olacak en son "*acil durum yetkisi*" dir. Ne var ki, en azından yasalara bağlılık ilkesi kapsamında, bir yasanın belirli bir yorumlanması mazur görülebilir, ya da bireysel adalet ve bütünlüyci etkilerin demokratik anlamı gereği böyle bir şey talep dahi edilebilir.

III. Federal Anayasa Mahkemesinin Özel Konumu

Anayasa altında, bir mahkeme mevcut bağlamda çok önemli bir role sahiptir. Bu, Federal Anayasa Mahkemesi'dir. Yargının "*hukuk ve adalet*" bağlılığı bu mahkeme için yalnızca sınırlı bir şekilde geçerlidir, çünkü devlet eylemlerinin hukukiliği değil, fakat sadece anayasallığı üzerine karar vermektedir. Dolayısıyla, aynı zamanda parlamenter yasama organın eylemlerini de denetler ve anayasal olmayan yasal düzenlemeleri feshetme ya da iptal etme yetkisine de sahiptir. Bu yetki, yalnızca yargısal denetime özel usullerle değil, aynı zamanda temel haklarından herhangi birinin resmi otoritelerce ihlal edildiğini

⁶ Krş. Jutta Limbach, supra note 1, 180 ve devamı.

iddia eden herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilen anayasal şikâyetler çerçevesinde de hayata geçirilebilir.

Bu nedenle, tarihsel ve uluslararası yönlerden karşılaştırıldığında Federal Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa tarafından geniş kapsamlı yetkiler vermiştir. Federal Anayasa Mahkemesi özelinde, yargı ve parlamenter yasama organı arasındaki ilişki belli bir açıdan sorunludur, çünkü mahkeme parlamentonun yaptığı yasaları feshetme veya iptal etme yetkisine de sahiptir. Bu tür bir *“yargısal norm denetimi, ilk bakışta demokrasiye oldukça zıt görünmektedir.”*⁸ Fakat, bir yasayı anayasaya aykırı ilan etme yetkisi, ancak parlamentodaki mevcut çoğunluğa odaklanıldığı takdirde demokratik çoğunluk kuralı yönünden bir sorun olarak görülebilir. Buna karşılık, Anayasa'nın da tabii olduğu anayasal devlet kavramına göre, anayasayı yaratmış ya da değiştirmiş olan belirli bir çoğunluk, parlamenter yasama organındaki mevcut çoğunluk üzerinde kalıcı bir üstünlüğe sahiptir. Anayasa, açıkça yasama organının anayasal düzene tabii olduğunu belirtmektedir. Ne var ki, anayasanın kendisi *“açık”*⁹ değildir. Her yasa gibi, onun da her bir davada somut bir şekilde ifade edilmesi gerekmektedir. Buna göre, anayasal demokrasi düşüncesi, tüm devlet faaliyetlerinin anayasallığını temin etmek için az çok bir yargısal denetim gerektirmektedir. Bu nedenle, bu denetimin demokratik yasama organına uzanması da anayasal devlet kavramının doğal bir sonucu olarak görülebilir.

Bu yargısal yetkinin özgün sorunu metinlerdeki belirsizlik ve anayasanın metnidir. Daha önce de ifade etmiş olduğumuz gibi *“bir anayasa kısa ve öz olmalıdır”*.¹⁰ Diğer taraftan belirsizlik

⁷ Fritz Ossenbühl, Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat (1988): 19.

⁸ Jutta Limbach, supra note 1, 130.

⁹ Gary S. Schaal, 39 vorgänge - Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik (2000) 2: 44.

¹⁰ Bu cümle Napolyon ya da Sieyes'e atfedilmiştir, Dieter Simon, DIE UNION - Vierteljahreszeitschrift für Integrationsfragen 2/01 (2001) 2: 49 (50), ve Werner Frotscher/Bodo Pieroth, Verfassungsgeschichte, 3. baskı (2002): 43 (paragraf 84).

ve genellikle Anayasa metninin özgünlüğüdür de. Bunun bir sonucu olarak, "sıradan" yasalarla karşılaştırıldığında anayasanın yorumlanması için daha geniş bir alan vardır. Ama bu yorumlamanın alanını tayin eden asıl olarak yasamadır. Anayasayı somut terimlerle ifade eden yasa koyucu, yasaları uygulayan idari otoriteler kadar sınırlanmış değildir. Bu "anayasanın somut terimlerle ifade edilme sürecinde yasamanın önceliği" ile sonuçlanır.¹¹ Federal Anayasa Mahkemesi bile, yasa koyucunun "Anayasa'nın öncelikli yorumcusu" olduğunu belirtmektedir.¹² Anayasa yargıcı, yasa koyucunun siyasi kararlarına ayrılmış bu alana saygı duymak zorundadır. Anayasanın metni kanun koyucunun karar alma yetkisine göre oldukça belirsiz olduğundan Federal Anayasa Mahkemesi için bir denetim standardı olarak işlev görmektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi oldukça dikkatli ve doğru bir biçimde yasa koyucunun yetkisini ne ölçüde kullandığını bulmak zorundadır. Bunun "yargının kendini sınırlaması" ile hiçbir ilgisi yoktur, ancak Federal Anayasa Mahkemesi'nin test standardı ya da inceleme alanı olarak anayasanın karakterini takip eder.¹³ Örneğin, temel hakların muhteviyatı "görece daha kolay" anlaşılabilir, çünkü bunlar hükümetin vatandaşların özgürlüklerine müdahalelerine karşı birer savunma hakkıdır.¹⁴ Buna karşılık, belirli bir koruyucu devlet faaliyetine yönelik iddiaların Anayasa'dan kaynaklanması güçtür. Bu nedenle, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir devlet otoritesinden, bir kişinin temel haklarını ihlal eden bir eylemi engellemesini talep etmesi ve ardından da faal bir şekilde himaye edici bir önlem alması daha olasıdır. Temel haklarla kıyaslandığında, anayasanın yetki ve yöntemlerle ilgili düzenlemeleri genellikle daha ayrıntılıdır; ki bu da Federal Anayasa Mahkemesi'nin daha katı bir denetleme yapmasına neden olur. Anayasa Mahkemesi, anayasayı somut terimlerle ifade etme görevinde daha net ve dikkatli olursa ve eğer Federal Anayasa

¹¹ Georg Hermes, 61 Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (2002): 119 (129 ve devamı).

¹² 101 BverfGE (2000): 158 (236).

¹³ Klaus Schlaich/Stefan Koriöth, Das Bundesverfassungsgericht, 5. baskı (2001): 339 (paragraf 493), 352 (paragraf 518 ve devamı).

¹⁴ 39 BverfGE (1975): 1/68 (71)- karşı oy.

Mahkemesi ilgili yasayı tamamıyla iptal etmek yerine yalnızca yasanın belirli bir yorumunun anayasa ile uyumlu olduğunu beyan ederse, bu yasa koyucunun kararlarında bir zayıflama değil, bir güçlenme sağlar. Özenli bir karar olduğunu düşündüğümüzde, bu yasa koyucunun karar alma alanının yetkisiz bir biçimde sınırlanması değildir.

Federal Anayasa Mahkemesi nihai olarak karar verme gücünden dolayı, faaliyetlerinde anayasa tarafından belirlenmiş, mahkemeye aynı zamanda fiili meşruluk da sağlamakta olan denetimin sınırları içerisinde kalmaktan bizzat sorumludur. Yine bu noktada, daha önce de olağan mahkemeler bağlamında belirtmiş olduğum gibi, eğer Federal Anayasa Mahkemesi anayasal sınırlarının fazlasıyla dışına çıkmazsa, bu, demokrasinin sağlamlaştırılmasına bir katkı olarak görülmelidir. Bu açıdan, "yargının kendisini sınırlaması"ndan bahsedilebilir. Şayet mahkemeler böyle bir talebe uyarsa - hatta bu yine mahkemenin yasalar gereğince faaliyette bulunmasının ötesinde bir anlama sahip olmasa bile- demokrasinin pekiştirilmesine katkı oldukça yüksek sayılmalıdır. Ne var ki, anayasanın belirsiz metnine bir denetim standardı olarak başvurulması gerekliliğinden doğan bu güçlük de yanlış değerlendirilmemelidir.

"Her şeyi hesaba katarak", hukukçular tarafından belirli kararlara yöneltilen tüm eleştirilere rağmen, Federal Anayasa Mahkemesi bu talepleri karşılamaktadır.¹⁵ Bu en azından, 2001 yılında Mahkeme'nin 50. kuruluş yıldönümü vesilesiyle dile getirilmiştir.¹⁶ Burada, "Federal Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın gerçek bir bekçisi olmuştur" saptaması ifade edilmiştir.¹⁷ Aksi takdirde, Federal Anayasa Mahkemesi "demokratikleşme sürecinden geçmekte olan dünyada bir örnek" teşkil edemezdi.¹⁷ Ancak, Mahkeme yine de, her ne kadar kimi zamanlar ya da belirli dönemlerde bazı oldukça tartışılır kararları olmuşsa da, Almanya'da büyük bir itibar edinmiş ve yönetimin bütünlü-

¹⁵ Gerhard Casper, 2 German Law Journal [www.germanlawjournal.com] (2001) 18: paragraf 29.

¹⁶ Rupert Scholz, Aus Politik und Zeitgeschichte (2001) 37-38: 6.

¹⁷ Gerhard Casper, supra note 15, paragraf 17.

CHRISTOPH
GÖRISCH'İN
TEBLİĞİ

ğüne büyük katkıda bulunmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi'nin başarısı, bahsetmiş olduğum anayasal şikâyetlere de az şey borçlu değildir. Bu tür bir şikâyet ile her bir vatandaş doğrudan Federal Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilir. Özellikle de temel haklarla ilgili geniş kapsamlı yetkisi sayesinde Federal Anayasa Mahkemesi tabir caizse "*vatandaşın mahkemesi*" olmuştur.¹⁸

Böylece, Federal Anayasa Mahkemesi'nin demokrasinin pekiştirilmesine işlevsel katkısı diğer mahkemelerden esas yönünden değil, fakat derece yönünden ayrılmaktadır. Federal Anayasa Mahkemesi kısmen daha büyük bir sorumluluk alır, çünkü doğrudan meşruiyete sahip demokratik yasama organını ve genellikle olağan mahkemelerin kararlarından çok daha fazla etki gücüne sahip kendi kararlarının bağlayıcı etkilerini olduğu kadar, kamusal etkilerini de denetlemektedir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin vatandaşlar arasında, olağan mahkemelerden daha iyi bir itibarı vardır ve bu da Federal Anayasa Mahkemesi'nin demokratik sorumluluğunu büyük ölçüde yerine getirdiğini göstermektedir.

C. Demokratik Düzenlemelerin Uygulanması

Ne var ki, yargı yalnızca demokrasinin sağlamlaştırılmasına işlevsel bir katkıda bulunmakla kalmaz, içeriğe dair de katkıda bulunur. Anayasa'dan kaynaklanan demokrasi ilkesi, özellikle de Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkisi çerçevesinde davadan davaya somut bir şekilde ifade edilir. Bununla ilişkili olarak iki "*düşünce tarzı*" birbirinden ayırt edilebilir.¹⁹ Birinci düşünce yönetsel ve kurumsaldır; yani demokrasinin örgütsel unsurlarına dairdir. İkincisi, vatandaşların özgürlük hakları ve siyasi katılım haklarına, diğer bir deyişle demokrasinin ikinci unsuru olarak bireysel haklara dairdir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin içtihadından her iki görüşe dair de birkaç örnek vereceğim:

¹⁸ Jutta Limbach, supra note 1, 151.

¹⁹ Gary S. Schaal/Sabine Friedel/Andreas Endler, Die Karlsruher Republik (2000): 130 ve devamı.

I. Örgütlenme Hukukunun Bir Parçası olarak Demokrasi

Federal Anayasa Mahkemesi, örgütlenme hukuku alanında, halkın egemenliği ilkesinden çeşitli bağlamalarda devlet faaliyetlerinin yeterli demokratik meşruiyete sahip olmasına dair gereklilikler türetmiştir.²⁰ Anayasa'daki temsilî sistem altında, seçimler "*fikirlerin ve meşrulaştırmanın demokratik gelişiminin en önemli unsurudur.*"²¹ Federal Anayasa Mahkemesi bu alanda da önemli kararlar vermiştir. Buna seçim kampanyalarında siyasi partilere eşit olanaklar sağlanması örnek olarak verilebilir. Hükümetin seçimlerden hemen önce halkla ilişkiler çalışmaları prensipte engellenmektedir, çünkü aksi takdirde iktidardaki parti adil olmayan bir avantaj elde eder.²² Fakat bu engelleme, yalnızca tek bir parti lehine gösterilecek doğrudan hükümet gayretini ifade eder. Bir başka dava, seçim kampanyası için çeşitli partilere eşit fırsatların sağlanmasına dairdir. Örneğin, seçim propagandası için yayın zamanlarının tahsisi. Federal Anayasa Mahkemesi bu konuda durumlarına göre partilere farklı davranılmasına izin vermiştir.²³

Siyasi partiler açısından, Federal Anayasa Mahkemesi yalnızca parlamento seçimleri için değil, aynı zamanda genel olarak halkın siyasi iradesinin şekillendirilmesinde de, partilerin demokrasi açısından taşıdığı büyük önemi vurgulamıştır. Siyasi partilerin halk ve devlet arasındaki bu aracı konumu nedeniyle, devlet tarafından partilerin finanse edilmesi yalnızca sınırlı bir ölçüye kadar kabul edilmiştir.²⁴ Bir taraftan da Anayasa, bilinen ismiyle bir "*militan demokrasi*"de, özgür anayasal düzene zarar veren ya da onu ortadan kaldıran siyasi partileri anayasaya aykırı kılar, yani onları yasaklar.²⁵ Yalnızca

²⁰ 93 BverfGE (1996): 37 ve devamı; 107 BverfGE (2004): 59 ve devamı.

²¹ Rupert Scholz, supra note 16, 11.

²² 44 BverfGE (1977): 125

²³ 24 BverfGE (1969): 271 (277) daha farklı referanslarla.

²⁴ 85 BverfGE (1992): 264 ve devamı.

²⁵ Jörn Ipsen: Grundgesetz, ed. Micheal Sachs, 3. baskı (2003): 925 (paragraf 143, 21. bent ile ilgili olarak), 929 (paragraf 166, 170, 21. bent ile ilgili olarak).

CHRISTOPH
GÖRISCH'İN
TEBLİĞİ

Federal Anayasa Mahkemesi anayasaya karşıtlığı denetleyebilir ve mahkeme bir siyasi partinin yasaklanmasına dair gereklilikleri oldukça katı bir şekilde belirtmiştir, çünkü partilerin belirgin demokratik önemleri nedeniyle "*yüksek bir koruma ve varlığını sürdürme teminatı*" vardır.²⁶ Bugüne dek, her ikisi de Federal Cumhuriyet'in ilk yıllarında olmak üzere, iki parti kapatılmıştır.²⁷

Parlamentoya geri dönecek olursak: Anayasa'nun öngördüğü temsili demokrasideki temel karar alma organı olarak konumu, Federal Anayasa Mahkemesi'nin yargı yetkisi ile sağlam bir şekilde ifade edilmiştir. Daha önce de belirtmiş olduğum, tüm temel kararlar doğrudan meşru demokratik yasama organı tarafından alınmalıdır biçimindeki doktrin, yani "*parlamenter şart*" doktrini, bu yargı yetkisinin bir sonucudur. Buna göre, devletin sivil özgürlüklere yapacağı müdahaleler özellikle parlamentonun yasalarına dayanmak zorundadır.²⁸ Özellikle de askeri faaliyetlerle ilgili alanda, Federal Anayasa Mahkemesi Alman askeri güçlerini "*parlamentoya ait ordu*" olarak tanımlamıştır. Bu nedenle, belirli bir askeri operasyona dair temel karar da parlamentonundur.²⁹ Dahası, Federal Anayasa Mahkemesi parlamenter gruplar, parlamento üyeleri ve özellikle de pek çok durumda muhalif azınlık için parlamento içi katılım haklarını da belirtmiştir.³⁰

Son olarak, Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa'nın birleşmesi süreciyle ilişkili olarak Anayasa'nun demokratik gereklilikleri hakkında karar vermek zorunda kalmıştır. Maastricht

²⁶ 107 BverfGE (2004): 339 (359).

²⁷ 2 BverfGE (1953): 1; 5 BverfGE (1956): 85 ve devamı.

²⁸ 57 BverfGE (1982): 295 (312) [= 2 Bundesverfassungsgericht Kararları - Federal Anayasa Mahkemesi -Federal Almanya Cumhuriyeti, bundan sonra: Kararlar (1998) 1: 199 (209)]; yakın zamanda 108 BverfGE (2004): 282 (311 ve devamı).

²⁹ 90 BverfGE (1994): 286 (381 ve devamı).

³⁰ Siegfried Magiera: Grundgesetz, supra note 25, 1229 (paragraf 58 ve devamı, 38. bentle ilgili olarak: yargının genel incelemesi); Micheal Sachs, age. 811 (paragraf 26, 20. bent ile ilişkili olarak: özellikle azınlık korunmasına dair yargıların incelenmesi).

Antlaşması hakkındaki karara göre, Anayasa yalnızca Avrupa düzeyinde bir demokratikleşmeyi değil, fakat aynı zamanda federal parlamentonun “hayati işlev ve yetkilerini” korumasını da gerektirmektedir.³¹

II. Bireysel Hakların Bir Parçası Olarak Demokrasi

Şimdi, bireysel hakların bir parçası olarak demokrasiyi ilgilendiren içtihadı dönme istiyorum. Oy kullanma hakkı, vatandaşların katılım hakları yönünden de belirgin bir öneme sahiptir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu hakla ilgili kimi önemli kararları bulunmaktadır. Seçimlerde eşitliğe ilişkin kararı buna örnek gösterilebilir. Siyasi partilerin, parlamentoya girebilmek için en az yüzde beşlik bir oy oranına sahip olmaları şartı Almanya'nın yeniden birleşmesine dair belirli güçlüklerle adaptasyon için kabul edilmiştir.³² Başka bir olayda, Federal Anayasa Mahkemesi oy kullanma hakkını “temel vatandaşlık hakkı”³³ olarak tanımlamıştır ve bu nedenle de Anayasa bu konuda açıkça bir düzenleme getirene dek yabancılar için toplumsal oy kullanma hakkını reddetmiştir.³⁴

Federal Anayasa Mahkemesi sivil özgürlük haklarının demokratik öneminin altını çizer. Özellikle de ifade özgürlüğü mahkeme tarafından geniş ölçüde yorumlanmıştır, çünkü “özgür bir demokratik devlet sistemi için, bu yapıcı bir unsurdur, çünkü ancak bu yolla sürekli entelektüel tartışma, fikirlerin çatışması, ki bu hayati bir önemi haizdir, mümkün olabilir.”³⁵ Toplantı yapma özgürlüğü de mahkeme tarafından bununla yakından ilişkilendirilmiştir: “Toplantı yapma özgürlüğü Anayasa'nın öngördüğü özgür demokratik düzende özel bir anayasal öneme sahiptir, çünkü

³¹ 89 BverfGE (1994): 115 (186) [Donald P. Kommers tarafından tercüme edilmiştir, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasa Hukuku, 2. baskı (1997): 182 (185)].

³² 82 BverfGE (1991): 332 ve devamı, özellikle.

³³ Rupert Scholz, supra note 16, 11.

³⁴ 83 BverfGE (1991): 24 ve devamı.

³⁵ 7 BverfGE (1958): 198 (208) [= 2 Kararlar FCC (1998) 1: 1 (7); yine Donald P. Kommers tarafından tercüme edilmiştir, supra note 31, 361 (364 ve devamı.)].

CHRISTOPH
GÖRISCH'İN
TEBLİĞİ

halkın iradesinin şekillenmesi süreciyle yakından ilişkilidir. Temsili bir parlamenter sisteme ve oy kullanma biçimindeki az sayıda katılım haklarına sahip demokrasiler için, bir fikrin toplu bir biçimde ifade edilme özgürlüğü önemli bir işlevsel unsurdur. Temel hak, özellikle de azınlıkların korunmasını temin eder ve iletişim araçlarına doğrudan erişimi olmayan bu insanlar için de ifade olanağı yaratır.”³⁶

D. Özet ve Genel Durum

Federal Anayasa Mahkemesi'nin şu sözleriyle konuşmamı tamamlıyorum. Özetlemek gerekirse: Anayasa'nın öngördüğü parlamenter demokraside, mahkemeler demokrasinin pekişmesine iki şekilde katkıda bulunurlar: öncelikle yargı görevlerini sorumlu bir biçimde yerine getirerek ve ikinci olarak da demokrasi ilkesini Anayasa altında davadan davaya somut bir şekilde ifade ederek. Ben yargısal faaliyetlerin her iki etkisini de, özellikle Alman bakış açısıyla açıklamaya çalıştım. Elbette bunlar yalnızca Almanya'ya özgü değil, Batılı anayasa geleneği içindeki eski demokrasilerin ortak özellikleridir. Böylece, Türk ve Alman hukukuna karşılaştırılabilir bir bakışla yaptığım başlangıçtan sonra, raporunun sonunda uluslararası bağlama geri dönmüş bulunuyorum.

Oturum Başkanı: Sayın Görisch'e çok teşekkür ediyorum.

Son olarak sayın Alain Pariente konuşacaklar. Kendisi, Bordeaux Üniversitesi'nde öğretim üyesi.

Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Dr. Alain PARIENTE (Bordeaux IV-Montesquieu Üniversitesi):*

Anayasa Konseyi Fransa'da demokrasiyi zayıflatmakta mıdır? Bu provokatif nitelikte ve bu tebliğin başlığı ile uyuşmayan bir sorudur, ancak demokrasilerde yer alan anayasa mahkemeleri tarafından oynanan role dair daha genel dü-

* "Fransa'da Demokrasinin Pekişmesinde Anayasa Konseyi'nin Rolü" başlıklı tebliğ. Çev.: Esin Özbilgin, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi.

ALAIN
PARIENTE'NİN
TEBLİĞİ

şüncenin bir parçasıdır. Anayasa Konseyi'nin yaratılması ve onun geliştirdiği temel hakları koruyan içtihat, bir taraftan insan hakları savunucuları tarafından takdirle karşılanırken diğer taraftan hareket kabiliyetleri kısıtlanan hükümetler tarafından zaman zaman eleştiriye maruz kalmıştır. Ancak, Anayasa Konseyi'nin demokrasi tasarımı ile çalışması başlı başına sorun yaratmaktadır. Geçen elli yıl boyunca Anayasa Konseyi Fransa'nın hukuk devleti (Etat de droit) olmasında temel taşlardan birisi olduğunu kanıtlamıştır. Anayasal denetim ilkesinin kabulü Fransa'da kolay bir süreç olmamış ve ilkenin şekillenmesi zaman almıştır. 1789 İhtilali'nden sonra parlamentolarda bulunan yargı erki ile ilgili çekingenlik ve ulusal egemenlik ilkesinin yaratılması bu tip bir denetimin ortaya çıkışını önlemiştir.¹ J. J. Rousseau'ya göre,² genel bir isteğin ifadesi olarak ortaya çıkan yasaların vatandaşlar için yararlı olacağı farz edilir. Bu, hukukun her şeyin üstünde olması olarak da ifade edilebilecek hukuk merkezli olma ve hukuk devletinden kaynaklanan başarıya işaret eder. Bu konseptte göre, anayasal denetim ilke olarak dışlanmasa da, hakim tarafından yerine getirilemez. Böylece, Fransız ihtilali döneminde siyasi nitelikte anayasal denetim yapılmasına dair girişimler ortaya çıkmıştır. Sieyès tarafından benimsenen Anayasal jüri (constitutionary jury) veya Sekizinci Yıl Senatosu ve daha sonra III. Napoleon tarafından oynanan rol bunlara örnektir. Ancak, bu denetim mekanizmaları etkili değildi ve doktrin 19. yüzyıl sonları ve 20. yüzyıl başlarında endişelenmeye başlanıyordu. Böylece Léon Duguit etkili bir anayasal denetim metodunun kurulması gerekliliğini ileri sürdü.³ Ancak bunun için, Dördüncü Cumhuriyet Anayasası ile 27 Ekim 1946 yılında Anayasa Konseyi'nin kurulmasını beklemek gerekiyordu. Hâl böyle olmakla beraber, Anayasa Konseyi'nin yetki ve faaliyetleri kısıtlıydı ve Anayasa Konseyi ve yasaların anayasaya uygunluk denetiminin önemi

¹ Bu soruyla ilgili olarak, bkz. M. Borgetto, La genèse du contrôle de constitutionnalité des lois en France (1789-1958), Les Cahiers du Conseil Constitutionnel, no 1, 1996, s. 19.

² J. J. Rousseau, Contrat social, Kitap I, Bölüm VII.

³ L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, 2 baskı, tome 3, s. 718 vd

ve meşruiyeti, ancak bunların 1958 yılında Beşinci Cumhuriyet tarafından kabul edilmesiyle tanınmaya başlandı. O tarihten bu yana Anayasa Konseyi, Fransa'nın hukuki ve siyasi yapısı ile çok ilgili olmuştur. Anayasa Konseyi'nin gerçek doğuşunu sembolize eden tarih 16 Temmuz 1971'dir. Konsey, bu tarihte verdiği bir kararla⁴ Anayasa'nın dibacesinin ve bundan kaynaklanacak kararların anayasallık bloğu içine dahil edilmesine karar vermiştir. O tarihten bu yana Fransa'nın günlük işlerine Anayasa Konseyi'nin kararları damgasını vurmuştur. Buna, Konsey'in 1892 yılında devletleştirme ile ilgili olarak verdiği ve hükümetin eylemlerinin yargısal açıdan denetlenmesi sonucunu doğuran ve 1981 yılında Sosyalistlerin iktidara gelişi ile meydana gelen önemli bir siyasi olayın provoke edilmesi arzusu olarak anlaşılan kararını örnek verebiliriz. Ayrıca Konsey'in, 19 Kasım 2004 tarihli Avrupa Anayasası'nı Kuran Anlaşma ile ilgili kararında, Uluslararası Hukuk ve Topluluk Hukuku'nun önemini vurgulaması da akıllarımıza gelmektedir.⁵ Anayasa Konseyi'nin çalışması, Devlet Başkanı'nun cezai statüsüne ilişkin olarak yaptığı arızı açıklamalarla eşit şekilde akıllarımızda yer almaktadır.⁶ Böylece, Anayasa Konseyi Fransa demokrasinin her yerinde hazır ve nazırdır ve bu durum başta sorduğumuz soruyu akla getirmektedir. Anayasa Konseyi demokrasinin amaçlarına mı hizmet etmektedir? Ters bir düşünceden hareket etmeden soru objektif şekilde ortaya koyulmuştur. Konsey'in rolü sadece demokrasiye hizmet etmek midir, yoksa Anayasa'nın üstünlüğünü, yani normlar hiyerarşisini güvence altına mı almaktır? Bu sorunun temelinde aslında hukuk devleti (Etat de droit) ve demokrasi ilkeleri arasındaki ihtilaf yer almaktadır. Hukuk devleti (Etat de droit) teriminin İngilizce'de tam karşılığı bulunmadığından - Hukukun egemenliği "Rule of Law" terimi az da olsa farklı bir anlamdadır- bu makale açısından Fransızca anlamı kabul

⁴ Cons. Const., Liberté d'association, Karar no 71-44 DC du 16 Temmuz 1971, GDCC, no 19

⁵ Cons. Const., Traité constitutionnel, Karar no 2004-505 DC du 19 Kasım 2004, J.O., 20 Kasım 2004

⁶ Cons. Const., Statut de la Cour pénale internationale, Karar no 98-408 DC du 22 Ocak 1999, Rec., s. 29.

edilecektir. Hans Kelsen'e göre Anayasal denetim tarihsel ve mantıksal açıdan Hukuk devletinin Rechstaat kurulmasının en zaruri aracıdır. Kelsen tarafından ortaya konulan model çerçevesinde Avrupa anayasa mahkemeleri normlar hiyerarşisini zamanla hukuk devleti (Etat de droit) ile eş anlamlı biçimde ele almışlardır.

Devlet kavramının karşı konulamaz başarısı, halkın katılımının gerekli olduğu demokrasinin geleneksel tanımının ötesine geçmiştir. "*Halk tarafından, halk için ve halkın hükümeti*" demokrasinin en temel tanımlarından bir tanesidir. Temsili demokrasi rejimi halkın tanımını biraz değiştirmiş, ancak varlığının gerekliliğini ortadan kaldırmamıştır. Hali hazırdaki demokrasi kriterine göre öyle görülmektedir ki, bir demokrasinin varlığı aynı zamanda hukuk devleti olması ile mümkündür. Bununla birlikte, bu demokrasinin hukuk devleti kavramına indirgenebileceği anlamına gelmekte midir? Bu kavramsal karışıklık, Fransa'daki hukuk devletinin hayata geçmesinde belirleyici rolü olan ancak aynı zamanda da demokrasi tasarrımının özünü değiştirerek demokrasinin güçlendirilmesinde de şüpheli role sahip Anayasa Konseyi tarafından oynanan rol ile ortaya çıkmaktadır.

I. Fransa'da Hukuk Devletinin Hayata Geçmesinde Anayasa Konseyi Tarafından Oynanan Belirleyici Rol

Fransa'da hukuk devleti kavramı 1958'lerden bu yana tedricen gelişmiştir. Anayasa Konseyi'nin yaratılması, aslında Konseye bu yönde bir rol atfedilmemiş olmasına rağmen, bu kavramın tesis edilmesini kolaylaştırmıştır. J. Chevallier'ın da belirttiği gibi hukuk devleti iki yönde gelişmiştir: şekli ve maddi yönden.⁷ Anayasa Konseyi temel hakların gelişiminden normlar hiyerarşisini güvence altına alınmasına kadar, her iki yöndeki gelişimde anahtar rol oynamıştır.

⁷ J. Chevallier, L'Etat de droit, coll. Clefs, Montchrestien, 1992

A. Anayasa Konseyi'nin Normlar Hiyerarşisinin Teminatı Olarak Onaylanması

Normlar hiyerarşisi, hukuk devletinin temel prensibidir. Kelsen'e göre, devletin iç düzeninin örgütlenmesi zaruridir ve böylece birbirine bağlı ve alt üst ilişkili seviyelerden oluşan yapının oluşturulması gerekli hale gelir. Kelsen piramit metaforu bu sistemi açıklar ve bu sisteme göre normlar biri diğerinin üzerine gelecek şekilde kurulurlar ve geçerliliklerini en temel norm olan anayasadan alırlar. Fransa'da 1958 yılında anayasal denetimin yaratılması somut bir normlar hiyerarşisinin dönüşünü temsil eder. Aynasa Konseyi, benzer şekilde, bu hiyerarşinin hayata geçirilmesinde de aktifti.

Öncelikle, piramidin alt seviyesi ile ilgili olarak, anayasa mahkemesi hakimleri parlamento tarafından yapılan yasalar ile düzenleyici işlemler (règlements) arasında, (bu Fransızca sözcüğün tam bir tercümesi yoktur) bir bağlantı kurmuşlardır. Bu bağlamda, 1958 yılında Fransa'da geliştirilen sistem orijinaldir. Anayasa 34. maddede Parlamento tarafından onaylanması zorunlu olan yasaların yetki alanı dahilindeki konuların sınırlı listesini vermekte, sonra da 37. maddede Cumhurbaşkanı veya Başbakan tarafından kullanılabilen düzenleyici işlemler (règlements) yapma yetkisinden bahsetmektedir.

Anayasa Konseyi yasama ve yürütme arasındaki erklerin paylaşımını denetlemekten sorumludur. 1958 yılında kuruluşuna sebep olan şey, yürütmenin alanına yasama tarafından yapılabilecek herhangi bir müdahaleye karşı yürütmeyi korumaktı. Şekli açıdan kurulan yasal düzenin özel niteliği açıktır: Yasalar ve tüzükler üzerine kurulan normlar hiyerarşisinin yanı sıra, Anayasa'nın 37. maddesinde düzenlenen ve sonradan otonom düzenleyici işlemler (autonomous règlements) olarak ifade edilen ayrı bir hukuk düzeni mevcuttur. Benzersiz ve aynı zamanda hiyerarşik bir hukuk düzeninin oluşturulması yoluyla, Anayasa Konseyi çalışması, Fransız sisteminin özelliğini azaltmada belirleyici olmuştur.

1965 yılından bu yana yasaların sınırını açıklamada sadece 34.maddeye dayanmamaktadır.⁸ Daha da ötesi Konsey yasaların lehine, yasalar ve tüzükler arasındaki sınırı değiştirmiştir.⁹ Zamanla yasal düzenin benzersiz yapısı oluşturulmuştur. Otonom düzenleyici işlemler (autonomous règlements),¹⁰ şimdi istisnadır ve yasalar ve tüzükler arasındaki şekli hiyerarşi, yasalar lehine onaylanmıştır. Buna göre yasalar tüzüklerden daha üst konumda, Anayasadan da daha alt konumdadır.

Bununla birlikte Anayasa Konseyi tarafından yapılan denetim metnin ilanından önce gerçekleşir ve neticede bu usulde bazı dezavantajlar vardır. Metnin Anayasa Konseyi'ne iletilmemesi halinde anayasaya aykırı bir yasa hukuk düzeninde varılmaya devam edebilecektir. Hakimler, kabul edilmiş bir yasanın anayasal denetim ihtimalinin, "*değiştirme, tamamlama ve tesir etme*" etkisine sahip ancak henüz ilan edilmemiş olan gözetleme tedbirleri yoluyla olabileceğine karar vermişlerdir.¹¹ Bu karar bize, yayımlanmış olan yasaları, normlar hiyerarşisi ve Anayasanın üstünlüğünü temin etme amacıyla kontrol etme imkanını vermektedir.

Anayasa Konseyi ayrı şekilde, Anayasa'nın 55.maddesinde düzenlenen ve hakimlere bu tedbirleri uygulama imkanı veren, uluslararası antlaşmalar ve yasalar arasında varolan hiyerarşinin tam olarak uygulanmasına da katkıda bulunmuştur.¹² Konsey hakimleri uluslararası hukukla ilişkide Anayasa'nın hangi konumda olacağı sorusu ile karşılaşmışlardır. Anayasa'nın 54. maddesi hakimlerin anlaşmaları anayasal açıdan onaylanmış olmalarına göre incelemelerini ve herhangi bir aykırılığın Anayasa'nın değişmesini gerektireceğini öngörmektedir. Hal böyle

⁸ Cons. Const., Karar no 65-34 L du 2 Temmuz 1965

⁹ Cons Const., Blocage des prix et des revenus, Karar no 82-143 DC du 2 Temmuz 1982, GDCC, no 33.

¹⁰ Cons Const., Blocage des prix et des revenus, Karar no 82-143 DC du 2 Temmuz 1982, GDCC, no 33.

¹¹ Cons. Const., Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie, Karar no 85-187 DC du 25 Ocak 1985, GDCC, no 37.

¹² Cons. Const., IVG I, Karar no 75-54 DC du 15 Ocak 1975, GDCC, no 23.

olmakla beraber, anayasa hakimleri, konu Danıştay (Conseil D'Etat)¹³ ve Yargıtay (Cour de Cassation)¹⁴ tarafından açıkça ortaya konulmadan önce, Anayasa'nın iç hukukta önceliğe sahip olduğunu kabul etmişlerdir. 19 Kasım 2004 tarihli karar, bu öncelik ilkesinin açık bir hatırlatmasıdır.¹⁵

Bu sebeple Anayasa Konseyi, hukuk devletinin (Etat de droit) bu yönünü, yani normlar hiyerarşisine saygı ilkesini ortaya koymuştur. Ayrıca, hukuk devletinin (Etat de droit) ikinci yönü İngiliz hukukun üstünlüğü (Rule of Law) nosyonuna yaklaşır ve başka bir deyişle Fransa'da anayasa hakimleri tarafından yaratılan önemli hakların güvencesini teşkil eder.

B. Anayasa Konseyi Tarafından Temel Hakların Güvence Altına Alınması

16 Temmuz 1971 tarihli önemli karar öncesinde, insan haklarını ifade etmek için tek doğal araç Anayasa değildi. Anayasa Konseyi, Anayasa'nın dibacesini anayasallık bloğu içine alarak, anayasal bir metnin içtihadı ile şekillenen bir temel haklar şartına dönüşmesini kolaylaştırmıştır. "Anayasal engel" (yani, yasaların uyması gereken, anayasal değere sahip tedbirlerin tümü) Anayasa maddelerini, 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisine atıf yapan 1958 Anayasası'nın dibacesini; "Cumhuriyet yasaları tarafından tanınan temel ilkeler" ve "özellikle günümüzde gerekli olan ilkeler"e atıf yapan 1946 Anayasasının dibacesini ve son olarak organik yasaları (Anayasa'yı tamamlayan) içerir. Anayasa Konseyi bu listeye "anayasal değere sahip ilkeler" nosyonunu eklemiştir. Konsey ayrıca, hakimlerin denetimi altında, yasamanın garantörü olduğu anayasal gereksinimleri temsil etmek üzere "anayasal değere sahip amaçlar" nosyonunu da kullanmıştır.

Temel hakların güvence altına alınmasına ilişkin bu metotlar, bu hakların ifade edildiği bütün alanlarda kullanılmakta-

¹³ CE, ASS, 30 Ekim 1998, Sarran

¹⁴ C. Cass, Ass. Plen., 2 Haziran 2000, Mme Fraisse, Dalloz 2000, IR, s. 180

¹⁵ Cons. Const., Traité constitutionnel, Karar no 2004-505 DC du 19 Kasım 2004, préc

dır. Bununla birlikte, bazı haklar diğerlerinden daha geniş bir denetimi gerektirmektedir. Böylece, basın özgürlüğü "*diğer hak ve özgürlüklere saygıya yönelik en gerekli güvencelerden bir tanesi*" olarak kabul edilmiştir. Anayasa Konseyi bu bağlamda, yasanın daha önceden varolan garantilere dönmesini önleyici bir içtihat geliştirmiştir. Temel haklar alanında gelişme kaydedildiği her defasında bu yeni bir yasa için dayanak teşkil etmektedir. Bu içtihat "*geri döndürülemez etki (l'effet cliquet)*" olarak da bilinir ve temel özgürlüklerin korunmasına katkıda bulunur. Bunların yanı sıra, Anayasa Konseyi özgürlüklere zarar veren yasal metinlerin sınırlandırılmasında ve eleştirilen tedbirlerin özel bir yoruma tabi tutularak yürürlüğe girmesinde yararlı olan yorum tekniği uygulamıştır.

Anayasa Konseyi tarafından güvence altına alınan alanlar Fransız rejiminin, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve 1946 Anayasası'nın dibacesi gibi kurucu metinlerinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Konseyi, 1789 Bildirisine dayanarak bazı temel haklara anayasal değer vermiştir. Konsey, bu sayede eşitlik ilkesini, uygulamada bireylerin farklı koşulları göz önüne alınarak genel çıkar nosyonu doğrultusunda hakim tarafından değiştirilebilmesine rağmen, 1973 yılında kabul etmiştir.¹⁶ Ceza yasasının geriye yürümez niteliği ve cezaların ölçülülüğü, aynı şekilde mülkiyet ve teşebbüs kurma hakkı 1789 Bildirisine eklenmiştir. Aynı zamanda Cumhuriyet yasaları tarafından tanınan temel ilkelere atıf yapılmak suretiyle, 1946 Anayasası'nın dibacesi de kullanılmıştır. Konsey böylece, toplanma özgürlüğü, kişisel özgürlük ve vicdan özgürlüğünü ortaya koymuştur. Grev hakkı, iltica hakkı ve sağlığın korunması hakkı gibi sosyal ilkeler de Konsey tarafından kabul edilmiştir. Yarattıkları içtihat yoluyla hakimler, varolan farklı hakları mümkün olduğunca uzlaştırmaya çalışmışlardır.

¹⁶ Cons. const., Taxation d'office, décision no 73-51 DC du 27 décembre 1973, GDCC, no 21.

¹⁷ Cons. const., Taxation d'office, Karar no 73-51 DC du 27 Aralık 1973, GDCC, no 21.

Konsey tarafından temel özgürlüklerin korunması, her durumda değiştirilemez niteliğe sahip değildir. Sağlanan koruma, denetime ilişkin kuralların değiştirilmesi yoluyla azaltılabilir. Böylece, kişisel özgürlük tasarımına hukuksal yaklaşım bu evrimin bize çarpıcı bir örneğini verir. Konsey kararlarında uzunca bir süredir bulunmayan ve hiçbir anayasal metinde yer almayan bu özgürlük son zamanlarda ortaya çıkmıştır. Anayasa'nın 66. maddesine göre yargı tarafından korunan bireysel özgürlükten farklıdır. Konsey kişisel özgürlükler alanını, daha önce bireysel özgürlük kavramı ile bağlı olan belirli özgürlükleri ekleyerek genişletmiştir.¹⁸ Bu şekilde tanımlanan kişisel özgürlük aynı yasalara dayanmamakta ve bu sebeple yargı müdahalesini gerektiren aynı korumadan yararlanmamaktadır. Neticede, Konsey bu hürriyetlere bağlı güvenceleri azaltmaktadır.

Bu örnek, Anayasa Konseyi tarafından Fransa'da hukuk devletinin inşası ve pekiştirilmesine yönelik çalışmaların, sıkça aksi söylene de, sadece bireysel özgürlüklerin güçlendirilmesine yönelik olmadığını vurgulamaktadır. Demokrasi söz konusu olduğunda, durum daha da muğlaktır ve Anayasa Konseyi'nin rolü belirsizdir.

II. Anayasa Konseyi'nin Fransa'da Demokrasinin Pekişmesindeki Belirsiz Rolü

Anayasa Konseyi'nin siyasi uyumsuzlukları çözme hakkı yoktur. Neticede Konsey, anayasa mahkemeleri Anayasalarına göre siyasî kurumlar arasındaki ihtilafları çözme yetkisine sahip İtalya ve Almanya'daki yüksek mahkemelerin aksine, düzenleyici makam olarak bu ihtilafların çözümüne müdahale etmez. Diğer taraftan, Anayasa Konseyi demokrasinin sahip olması gereken '*oyunun kuralları*'nı netleştirerek, hatta güçlendirerek demokrasinin işleyişini kolaylaştırmaktadır. Bunun da ötesinde, Konsey bu kavramın bugünkü sınırını

¹⁸ Cons. const., Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, Karar n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, J.O., 27 Kasım 2003, s. 20154.

sorgulamamıza sebep olarak demokrasi tasarımının özünü etkilemektedir.

A. Demokrasinin İşleyişinde Anayasa Konseyi'nin Durumu

Konsey hakimleri, kamu yetkilerinin ve bunun sonucu olarak da demokrasinin düzgün işleyişini güvence altına almak üzere özel yetkilere sahiptir. Böylece, Anayasa Konseyi her şeyden önce ulusal seçimlerin Anayasa'ya uygun olarak yürütülüp yürütülmediğini kontrolden sorumlu bir seçim hakimidir. Bu yetkinin sınırı yasalar ve uygulama ile belirlenmiş durumdadır. Yasalara göre, Konseyin bu yetkisi, devlet başkanının seçimi (Anayasa'nın 56. maddesi), yasama ve senato seçimleri (Anayasa'nın 59. maddesi) ve referanduma gidilmesine (60.madde) ilişkindir.

Anayasa Konseyi aynı zamanda demokrasinin tehlikeye en açık durumda olduğu hallerde müdahale etmekle sorumludur.

Devlet başkanının görevlerini ifa edemediği hal buna örnektir: bu durum hastalık zamanında geçici veya ölüm halinde sürekli olabilir.

Bu durumda Anayasa Konseyi kontrolü altındaki senato başkanı tarafından bu ara dönem idare edilir. Devlet başkanına istisnai hallerde sınırsız yetki verilmesine ilişkin Anayasa'nın 16. maddesinin uygulanması da buna örnek teşkil eder. Bu halde Anayasa'ya göre, Anayasa Konseyi'nin bağlayıcı olmasa da, Başkanın kararının ardından uygulamada belirleyici etkiye sahip değerlendirme yapması söz konusudur.

Bir başka halde, Anayasa Konseyi, 1980'li yıllarda başlayan ve son olarak 28 Mart 2003 tarihli anayasa değişikliğinde de yer alan ve "*desantrilizasyonun İkinci Yasası*" olarak bilinen yerel demokrasinin uygulanmasında önemli bir itici güç olmuştur. Buna göre, Anayasa Konseyi 1982'den bu yana desantrilizasyonun sağlanmasını temin etmektedir. Hakimler, Cumhuriyet'in bölünmezliğinin vazgeçilmez unsuru olan üni-

ter Fransız devletine hakim olan ilkeler ile yerel makamların özgür idareye sahip olmaları arasında belirleyici bir uzlaşma sağlamışlardır. Konsey, böylece desantrilizasyona ilişkin yasanın Fransa Devleti'ni üniter yapısına bir aykırılık teşkil etmediğini ortaya koymuştur.

Daha da ötesi, Anayasa Konseyi bir demokraside çoğulculuğun önemine işaret etmiştir. 1990 yılında verdiği kararda Konsey, "demokrasinin temeli" olarak "düşüncelerin ve fikirlerin çoğulculuğu" nun gerekliliğini vurgulamıştır.¹⁹ Aslında Konsey sadece demokrasinin işleyişine yardımcı olmamakta, ayrıca buna ilişkin kendi tanımını yaratmaktadır.

B. Anayasa Konseyi'nin Demokrasinin Kavramlaştırılmasındaki Etkisi

Bunun iki yönü bulunmaktadır. Öncelikle, Fransa'daki demokrasi kavramının doğrudan değişmesine Anayasa Konseyi'nin etkisini ifade etmektedir. Burada Konsey içtihadında yer alan demokrasi tanımından bahsedilebilir. Demokrasinin temeli olarak çoğulculuğun kabul edilmesi veya Konsey hakimlerinin güçler ayrımına ilişkin analizleri demokrasinin Konsey tarafından nasıl yorumlandığını belirtmektedir. Bununla birlikte, Konsey tarafından oynanan bu doğrudan rolün, Konsey'in yaptığı denetimin mevcut bir yasanın Anayasaya uygunluğu ile sınırlı olması nedeniyle demokrasi üzerinde somut etkisi yoktur.

Diğer taraftan, Konsey'in rolü demokrasi kavramını dolaylı olarak etkilemektedir. Bu genellikle Anayasa Konseyi'nin kendi varlığı ve onun Anayasa'ya saygı ve meşruiyeti temin etmedeki önemi ile ilgilidir. Bir demokraside hakimlerin statü ile detaylara girmeden önce Anayasa Konseyi'nin meşruiyeti ve demokrasinin gelişimi ile Konsey'in rolü arasındaki ilişki ile ilgili tartışmalardan bahsetmek gereklidir. Anayasa yargısının

¹⁹ Cons. Const., Loi relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification des activités politiques Karar no 89-271 DC du 11 Ocak 1990, Rec., s. 21.

etkisini savunulara göre demokraside hakimler, hukuk devletinin kurulmasındaki rolleri sebebiyle belirleyici aktörlerdir. Bazı yazarlara göre, Anayasa Konseyi yasaların yapılmasına parlamento ile aynı şekilde dahil olmaktadır.²⁰ Bu tür analizler yeni bir demokrasi kavramını savunmaktadır: Hakimin rolünün sonradan (*a posteriori*) meşrulaştırılmasına izin veren ve hakim tarafından yaratılan anayasal demokrasi. Bu yaklaşımdaki aşırılık riski gerçektir ve bazı yazarlar tarafından bunun üzerinde durulmuştur.²¹ Temel eleştiri, kurumun kendisinin demokratik meşruiyeti ile ilgilidir. Sonradan (*a posteriori*) meşrulaştırma tekniği demokrasinin geleneksel tanımı ile bağdaşmamaktadır. Tartışma Anayasa Konseyi taraftarları ve karşıtları arasında olmaktan öte demokrasi kavramı çevresindeki soru işaretleri ile ilgilidir.

Belirli aşamalar bu iki nosyonu uzlaştırmamıza izin vermektedir. Bunlar hakimlerin atanması ve vatandaşların Anayasa Konseyi'ne dava açabilmesi ihtimali ile ilgilidir. Konsey'in eski devlet başkanlarından oluşan yasal üyelerinin yanı sıra, devlet başkanı, meclis başkanı ve senato başkanı tarafından atanan üyeleri bulunmaktadır. Üyeler 9 yıl için atanırlar. Konsey üyeliği için yaş veya başka mesleki özelliklerin bulunması şartı yoktur. Bu atamaya ilişkin bazı eleştiriler yapılmıştır. En önemli eleştiri bu üyeleri atayan kişilerin sürdürdükleri faaliyet sebebiyle Konsey'in siyasileşmesine ilişkindir. Belirli Avrupa devletlerinde de olduğu gibi, Konsey hakimlerinin parlamento üyelerinin nitelikli çoğunluğu ile seçilmesi kuruma gerçek bir demokratik meşruiyet sağlayacaktır.

Anayasa Konseyi'ne kişilerin dava açıp açamayacağı, haklar ve özgürlüklere ilişkin anayasal içtihadın yaratılmaya başlanmasından bu yana üzerinde durulan bir sorun olmuştur. Uzunca bir zaman, Anayasa Konseyi tarafından yürütülen, ya-

²⁰ Bkz. D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 6. bası, Montchrestien, 2001, s. 480.

²¹ Bkz. özellikle E. Desmons, *Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement de la démocratie spéculaire présentée comme un progrès)*, *Droits*, no 32, 2000, s. 20.

sama ile yürütme arasındaki düzenleyici faaliyet yeterli olarak kabul edilmekteydi ve konseye dava açılması sınırlı bir haktı. 1974 yılında yapılan reformla 60 milletvekili veya senatörün Konsey'e dava açabilmesi ile birlikte Konsey'in yetkilerinde bir değişiklik meydana geldi. Vatandaşların Konsey önünde doğrudan dava açabilmeleri tartışılmaya başlandı ve buna dair anayasal reform projesi 1990 yılında teklif edildi, fakat değişiklik hiç bir zaman tamamlanamadı. Reform için yapılan çeşitli girişimler gerçekte, vatandaşların doğrudan konseye başvurması imkanının öngörmemekte, ancak yetkili hakim önünde Anayasa'ya uygunluk itirazını yaparak dolaylı bir şekilde Konsey'e başvuru imkanı tanımaktaydı. İlgili Mahkeme bireyin talebini Anayasa Konseyi'ne iletmekte ve Konsey de davanın devam edebilmesi için iletilen sorun hakkında karara varmaktadır. Bazı hipotezler tam olarak formüle edilmemiştir, ve maddi zorluklara rağmen öyle görünmektedir ki, mevcut sistemin demokratik unsurlarının geliştirilmesi açısından en açık ve doğru yol vatandaşların Konsey'e doğrudan başvurmaları olacaktır.

Anayasa Konseyi'nin çalışması ve ona başvuruya ilişkin ne tür değişiklik yapılırsa yapılsın, Anayasa Konseyi'nin Fransa'daki geleneksel demokrasi tanımı olan "*halk tarafından, halk için ve halkın hükümeti*"ni geliştirmek için hiç bir şey yapmadığı açıktır. Eğer demokrasinin hukuk devleti ile eş anlamlı olduğunu farz edersek, o halde bu kavramın Fransa'da kazandığı mevcut anlamda Anayasa Konseyi'ne belirleyici bir rol düşmektedir. Bununla birlikte, her iki kavram gerçekte birbirinden ayrı kalmaya devam etmektedir. Hukuk devleti, insan haklarını geliştirmekte fakat, kendisini demokrasinin geleneksel tasarımından ayrı tutmaktadır. Bu iki kavramı birbirlerine yaklaştırmada bir çözüm, her bir hukuk devletine demokrasinin klasik mekanizmalarını dahil etmek olabilir. Böylece, anayasa hakimini kurumsal olarak demokratikleştirme arayışı üzerine tartışmaktan öte, iktidarda olanların halka danışma usullerini uygulamaları tavsiye edilebilir. Örneğin, normal seçimlerin yanı sıra referanduma gidilmesi, vatandaşların siyasi oyuna bir aktör olarak katılmalarını sağlayan en temel yoldur. Bu sayede

anayasa hakiminin demokrasideki yeri ve meşruiyeti daha az sorun yaratacaktır. Anayasa Konseyi hakimi normlar hiyerarşisini denetleyerek Fransa'da hukuk devletini yaratmada tam rol oynamaya devam edecek, fakat bu faaliyetler halk tarafından tanındığında ve iktidarda olanlara bu sorumluluğun verilmesi ile bu tamamlanmış olacaktır. Anayasa Konseyi ve halka başvurma, Fransız demokrasisinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Bu ikili yaklaşım bize demokrasinin potansiyel aşırılıklarını sınırlama imkanı vermektedir.

Oturum Başkanı: Doç. Dr. Pariente'ye teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Şimdi yarım saat kadar bir tartışma zamanımız var. Sorularınızın hangi konuşmacıya hitaben olduğunu lütfen tasrih etmenizi rica ediyorum.

Buyurun.

Av. Kenan ÇEBİ (Ordu Barosu Başkanı): Sorum sayın Clayton'a. Demokrasilerin güçlenmesinde isimleri ne olursa olsun Yüksek Mahkeme içtihatlarının önemli bir rol oynadığı hepimizin malumudur. Bu içtihatların oluşmasında yer alan hakimlerin nitelikleri ve seçim usullerinin bizce çok önemi var. Bu nedenle Amerika'daki Yüksek Mahkeme'nin hakimlerinin nitelikleri ve seçim tarzı nedir?

Kendilerinin bu konudaki görüşleri nedir onu öğrenmek istiyorum.

Cornell CLAYTON: ABD'de federal yargıçlar Anayasa'nın 1. ve 3. maddelerine göre atanmaktadırlar. Başkan tarafından atanırlar ve atamaları Senato tarafından onanır; bu durumda seçimle göreve gelmezler. Eyalet ve yerel düzeydeki yargıçlar genellikle belli bir süre için seçilirler. Benim görüşüme göre bu durum, sıkça, yargıç beğimsizliği için felaket olmuştur. Diğer taraftan, federal düzeydeki yargıçların bu şekilde atanmaları, bir yandan onları kamu oyunda meydana gelebilecek doğrudan ve geçici değişikliklerden korurken, mahkemelerin belli bir düzeyde demokratik tepkilerle ilişkilendirilmesi yönünden oldukça başarılı olmuştur. Bu anlamda Federal Sistem oldukça

TARTIŞMA

iyi işlemektedir. Bununla birlikte, federal yargıçların yaşam boyu göreve atanmalarıyla ilgili bir sorun bulunmaktadır. Bence bu durum arzu edilmeyen bir dinamik yaratarak yargıçların emeklilikleriyle ilgili stratejik düşüncelerine neden olmaktadır. Yargıçlar, kendisiyle siyaseten anlaşabilecekleri bir Başkan göreve gelinceye kadar görevde kalmaya çalışmaktadırlar. Çoğu zaman kendi görüşlerindeki bir Başkanın seçilmesini bekleyen ve olgunluk dönemleri çoktan geçmiş 80-90 yaşındaki yargıçlarla kararlara ulaşmak zorunda kalıyoruz. Bu durum yargıçlara ömür boyu görev hakkı tanınmasının yarattığı bir sorun ve bu nedenle yargıçlara, örneğin 10 yıl veya bunun gibi sabit bir görev süresi tanımak daha uygun olabilir.

Önder AYHAN (General, Askeri Yargıtay Eski Başkanı): Soracağım soruyla ilişkili olduğu için şimdiki görevimi de belirtmek istiyorum. Türkiye Avrupa Birliği Ekonomik ve Sosyal Karma İstişare Komitesi (JCC) Türkiye kanadı üyesiyim. Sorum öncelikle Bay Pariente'ye. Fransa Anayasa Konseyi'nin Fransa'daki parlamento tarafından kabul edilen yasaların Fransız Anayasası'na ve topluluk hukukuna uygun olduğunu denetleyeceğini belirttiler. Ancak, kısa bir süre önce Fransız hükümeti Fransız Anayasası'nda bir değişiklik paketini kabul etti. Bu değişikliğe göre topluluğa 2002'den sonra katılacak olan üyeler için o ülkede referandum yapılacak. Avrupa Birliği hukukuna ve Avrupa Birliği hukukunun bir parçası olan Kopenhag Kriterleri'ne tamamen aykırı olan bu düzenleme konusunda Fransız Anayasa Konseyi'nin pozisyonu ne olacaktır ve ne olacaktır? Ayrıca, Avrupa Birliği'nin diğer devletlerinin Anayasa hukukçuları olan sayın Dr. Görisch ve sayın Dr. Pariente'nin bu konuda ne düşündüklerini de öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Alain PARIENTE: Cevaplamaya çalışayım. Aslında bu olayın iki yönü var. İlk olarak, topluluğun bütün üyelerinde yapıldığı gibi yeni bir üye geldiğinde de Fransız Anayasası'nı değiştirmek zorundayız, çünkü bu yeni bir anlaşma demektir. Fransız Anayasası'nı değiştirmek için ya parlamentoya ya da referanduma gidilir. Türkiye için de referandum yoluna gittik.

Fakat problem şu ki Anayasa Konseyi referandumunu kontrol edemez. Çünkü, referandum insanların egemenliklerinin bir ifadesidir. Bu yüzden de referandum olduğunda sonuçlara müdahale edilemez. Bence anayasal kararda bir problem var. Eğer Fransız Anayasa Konseyi şeffaflığını biraz daha değiştirir ve referandumun kontrolünü kabul ederse; referandum çoğunluk kararı olduğu için belki Anayasa'nın bu özelliğini yıkar. Gelecekte ne olacağını tam olarak bilmiyorum.

Christoph GÖRISCH: Almanya'da temsili demokrasi geleneği vardır. Türkiye üyeliği ve Avrupa Birliği'ni genişletme süreçlerinde olduğu gibi anayasal anlaşma sürecinde de bir tartışma olmuştur. Eğer bir referandum yapılmasına rağmen değişikliğe ihtiyaç varsa bunun için temel hukuk gereklidir. Bence bu değişiklik ne Türkiye üyeliği ne de yeni Anayasa sözleşmesi için yapılacak. Ama dediğim gibi Anayasa Mahkemesi "*Maastricht Sözleşmesi*"ni tercih etti ve bu da Anayasa Mahkemesi'nin yeni bir kararı olacak ve bir vatandaşın Anayasa Mahkemesi'ne gidip bu karara ulaşma olasılığı ortaya çıkacak. Ama bence, mevcut sözleşmelerden anayasal sözleşmelere geçiş daha çok terminolojik bağlamdadır ve içerik yönünden çok ciddi bir değişiklik yoktur. Bu yüzden böyle bir karardan dolayı ortaya problem çıkacağını sanmıyorum. Bu yüzden de Anayasa Mahkemesi'nin anayasal sözleşmeye karar verme isteği kabul edilecektir.

Av. Meltem BAĞCI (Ankara Barosu Avukatı): Sorum Cornell Clayton'a olacak. Şimdi Başkan Bush iktidarında terörle mücadele kapsamında güya yürütmenin güçlendirilmesi söz konusu oldu ki bu durum gerçekleşirse ABD yürütme tarafından seçimle gelmeyen, atanan yüksek yargı mensupları tarafından demokrasinin korunması kapsamında yürütmenin denetlenmesi ve yargı kararlarının meşruiyeti nasıl sağlanacak? İkincisi muhalefetin iktidar partisi karşısındaki durumunun garantisi ne olacak? Bu durum nasıl sağlanacak? Teşekkür ederim.

Cornell CLAYTON: Bu zor bir soru. En son dönem, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, yürütmenin tutuklular

TARTIŞMA

üzerindeki gücünü de içeren -güya terörizmle mücadele- üç davayla ilgili kararlar verdi, davalardan bir tanesi Guantanamo Körfezi tutuklularıyla, diğeri Birleşik Devletler'de yakalanan yabancıyla, üçüncüsü de ABD'de teröre bulaşan bir ABD vatandaşı ile ilgiliydi. Bu davaların ikisinde Yüksek Mahkeme, hükümetin *"başkan askeri tutuklulara istediği şekilde davranabilir"* düşüncesini net bir şekilde reddetti. Bu davaların her birinde Yüksek Mahkeme, hükümetinin bu tutuklulara yargıya gitmelerine geçiş sağlaması gerektiğini söyledi. Guantanamo tutukluları davası askeri mahkemeye, ABD topraklarında yakalanan ABD vatandaşı davası federal mahkemelerle ilgiliydi; askeri mahkemede yargılanamazlardı. Bence, Yüksek Mahkeme Bush hükümetinin bütün işlerini reddediyormuş gibi görünmemeli. Bence mahkeme daha çok kendi sahasını koruyor. Bush yönetimiyle ilgili olarak hoşlanmadıkları yürütme organlarının mahkemeler tarafından hiç bir şekilde denetlenemeyecek takdir alanları olduğu yönündeki iddialarıdır. Yargı kanadının, mahkemelerin hiçbir rolünün olmadığı değiştirilemez değerlemelerde bulunmasıdır. Mahkeme, otoritesinin, anayasal değerler ve haklar konusunda son karar mercii olması konusunda oldukça kısıkanç. Bu yüzden, bu gündemi ne kadar zorlayacakları net değil. Fakat, yönetim bana göre net değil, takdir hakkının denetlenemez olduğunu söylerse mahkeme bunu reddeder.

Işıl ULAŞ (Yargıtay Daire Başkanı): Bütün konuşmacılardan şunu öğrenmek istiyorum. Avrupa Birliği yasalarına uyum sağlama açısından bir kanun yapma fırtınası yaşıyoruz. Bu arada yapılacak anayasa değişikliği ile Anayasa Mahkemesi'ne, gerek adli yargı gerekse idari yargı yolunda kanun yollarından geçmek suretiyle kesinleşen kararlara karşı bir üst temyiz inceleme mercii olarak görev verileceğini duyuyoruz. Nitekim dün bir Anayasa Mahkemesi üyemiz de ülkedeki yargı reformunun gerçekleşmesi açısından bunun da zorunlu olduğunu açıklıyor. Ben şimdi değerli konuşmacılarımıza kendi ülkelerinde acaba nasıl bir uygulama var, varsa kapsamlarını açıklarlarsa çok memnun olacağım.

Teşekkür ederim.

Christoph GÖRISCH: Almanya'da Federal Anayasa Mahkemesi yüksek mahkeme değildir. Bu pek çok kez açık olarak belirtilmiştir. Daha önce de söylediğim gibi Anayasa Mahkemesi sadece kanunların ve diğer devlet işlemlerinin anayasallığını kontrol eder. Bu yüzden, değişik alanlar için tek bir yüksek mahkeme değil birden fazla yüksek mahkememiz var. Bunlar da anayasa yargısından ayrıdırlar. Ben Avrupa Birliği'nin mahkemeleri birleştirmek için bir düzenlemesi olduğunu düşünmüyorum. Çünkü bu konuda bir müzakere olmamıştır.

Alain PARIENTE: Fransa'da da bir müzakere olmamıştır. Bizde de tek bir yüksek mahkeme değil üç tane yüksek mahkeme var; anayasal sorunlar için bir Anayasa Konseyi var. Yüksek İdari uyuşmazlıklar için Danıştay ve adli uyuşmazlıklar için Yargıtay var. Her mahkeme kendisine Yüksek Mahkeme dediği için de tek bir yüksek mahkememiz var demek doğru olmaz.

Ergun ÖZBUDUN: Amerika'da zaten Supreme Court'tan (Yüksek Mahkeme'den) ayrı bir Anayasa Mahkemesi olmadığı için bu soru Amerika için geçerli değil efendim.

Neşet YILDIRIM: Sorum Pariente'ye, vatandaşların ancak parlamenter sayısı 60'a ulaştığında Anayasa Konseyi'nin denetimine katılabildiklerini söylediler. Bu bir çelişki olmuyor mu? Vatandaş temsili sistemle kontrolü ele almıyor mu acaba?

Alain PARIENTE: Evet, haklısınız. İnsanların kontrol gücü var fakat dolaylı yoldan. Problem insanların kontrol gücü olup olmaması değil kontrol etmek istediklerinde kontrol etme seçeneklerinin olmasıdır. Fransa'da önleyici "a priori" sistem var. Böylelikle, Parlamento Anayasa Konseyi'ne başvurup başvurmayacağına karar veriyor. Daha sonra geç oluyor. Bu yüzden, altmış tane senato vekili, kanunu Anayasa Konseyi'ne sunma kararı alırsa daha sonra vatandaşın bu kanunu konseye sunma hakkı yok. Bu bağlamda insanların hiçbir gücü olmadığını söyleyebiliriz. Çünkü, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra

TARTIŞMA

hiçbir denetim olamaz. Fakat, insanların parlamento sayesinde güç sahibi olduğu konusunda haklısınız. Bence bir çelişki yok çünkü, Fransa'da insanların doğrudan faaliyete geçmeleriyle ilgili tartışmalar var. İnsanlar sorunları olan kanunlara müdahale etmek istiyorlar. Bunu yapamazlar. Kanun yayımlandıktan sonra olay sonsuza dek kapanır.

Ersoy KONTACI (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi): Sorum bay Görisch'e olacak. Demokrasi ve yargı başlıklı bu oturumda daha çok bu iki kavramın ulusal düzeydeki karşılaşmaları ve birbirleri üzerine olan etkileri üzerinde duruyoruz. Ancak, ulus üstü yargı organlarının da gayet etkin biçimde dünya gündemine oturduğu bir dönemde yalnızca ulusal düzeyde seçilmiş parlamentolarla yargı organları arasındaki ilişki değil ama ulusal yargı organlarıyla ulus üstü birtakım yargı organları arasındaki ilişkiler de ulusal düzeylerdeki demokrasinin tanımına ve doğasına çok büyük etki ediyor. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokratik değerleri savunan, en önde gelen ulus üstü yargı organı. Geçtiğimiz dönemde Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Alman hukuku açısından mutlak şekilde bağlayıcı olmayabileceğine dair bir karar verdi. Bu kararı kendisi eğer hatırlıyorsa bu kararın Avrupa ve Almanya demokrasisine nasıl etki edebileceğini yorumlayabilir mi acaba?

Christoph GÖRISCH: Bahsettiğiniz kararı ve bu konudaki tartışmayı biliyorum. Almanya'da büyük bir tartışma oldu. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin prensip olarak Alman Mahkemeleri'ni bağlayıcı nitelikte olduğunu söyledi. Tartışmanın özü budur. Federal Anayasa Mahkemesi'nin cevaplaması gereken soru ise normların hiyerarşisinde bu koşulların ne pozisyonda olduğudur. Alman hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri eyalet hukuku seviyesindedir ve bu da Federal Anayasa Mahkemesi'nin dayanmak zorunda olduğu yasal temeldir. Bu sebeple, normlar arasındaki ilişkide sadece teknik bir boşluk olduğu söylenebilir. Bu nedenle bu kararın medyadaki yansımaları doğru değildir. Fa-

kat şunu belirtmeliyim ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi arasında içtihatı bir uyuşmazlık vardır. Biz bu kararları Monako Prensesi Caroline davasında Strasbourg'dan aldık. Strasbourg, Federal Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile aynı şekilde uygulamadığını ve bu ilişkinin çok net olmadığını söyledi. Bu gelişme Federal Anayasa Mahkemesi'nin tepkisine açıktı. Almanya daha ileriye gidebilirdi ama gitmedi. Şu andaki durum budur, sorun hukuki teknikler yoluyla normal bir şekilde ortadan kaldırılacaktır ve Almanya'da uluslararası hukukla devlet hukuku arasında politik bir çıkmaz olmayacaktır. Bu yüzden de medyanın bu tepkisi azaltılmalıdır.

Av. Kazım KOLCUOĞLU (İstanbul Barosu Başkanı):

Sorum Bay Clayton'a olacak. Birincisi Guantanamo üssünde 11 Eylül'den sonra tecrit edilen insanların bugüne kadar yargı önüne çıkarılmaması ve avukatlarıyla görüşme yapamaması konusunda şikayetleri hep izliyoruz, çünkü New York Baro Başkanı bana anlattı. Bu konuda, konumuz Demokrasi, insan hakları ve yargı olması nedeniyle bu konuda ne düşünüyorlar? İkincisi Irak'ta yapılan, bizim de işgal olarak değerlendirdiğimiz uluslararası meşruiyeti ve uluslararası hukuka uygun bulunmayan bir işgal niteliği taşıyor. Irak'taki olaylar nedeniyle işkence olayları, insanlığa karşı suç niteliği taşıyan olaylar ve savaş suçu niteliği taşıyan olaylarla ilgili olmak üzere Amerika'da bu konuda herhangi bir yargı işlemesi var mı? İşgal altında olan Irak'ta bir Irak vatandaşının Amerika'da yargıya bir suç duyurusu ve talepte bulunduğu zaman Amerikan yargısı ne yapabilir? Üçüncüsü de Uluslararası Ceza Mahkemesi Kurulu ve bunun kurulması için Amerika önayak oldu. Fakat bugüne kadar bu mahkemenin yetkisini kabul etmedi ve şu anda bu mahkemenin görevleri arasında savaş suçları, insanlığa karşı suç ve aynı zamanda soykırım suçunun yanında barışın ihlali suçlarından yargılama yetkisi var. Amerika'nın bunu kabul etmemesi hakkında ne düşünüyorsunuz? Çünkü, biz İstanbul Barosu olarak bu mahkemeye Irak'la ilgili suç duyurusunda bulduk. Ama maalesef Amerikan yöneticileri hakkında bulunamadık. Çünkü, yetkilerini kabul etmedikleri için sadece

TARTIŞMA

İngiliz yöneticileri hakkında suç duyurusunda bulunduk. Amerika Başkari ve diğeri yöneticilerin de tanık olarak dinlenmesini talep ettik. Bu konuda ne düşündüğünüzü merak ediyorum.

Cornell CLAYTON: Öncelikle belirtmeliyim ki Bush hükümetini temsil etmiyorum; sadece pek çok Amerikalı gibi politikalarının pek çoğuyula hemfikirim. İlk olarak Guantanamo sorusunu ele almak istiyorum. Bush hükümetine göre Guantanamo tutukluları savaş esiridirler ve Amerikan kanunlarına göre mahkemeler savaş kararlarına müdahale edemezler. Biz hakimlerin savaş tutukluları hakkında karar vermelerini istemiyoruz. Yüksek Mahkeme geçen dönem Bush hükümeti hakkındaki tartışmaları reddetti. Mahkeme, savaş esirlerinin Amerikan sınırları içerisine bir kez getirildiğinde askeri tutuklu olma durumlarının incelenebileceği bir mahkemeye gidiş izni ve bu bireylere durumlarına itiraz etme hakkı vermek zorunda olduğunu beyan etti. Bu yüzden Bush hükümeti bu tutukluları Guantanamo Körfezi'ne getirdi. Çünkü burası yasal ve teknik olarak Küba sınırlarına aittir; fakat Birleşik Devletler'in de yasal kontrolü bulunmaktadır. Bu kararın sonucu olarak da Bush hükümeti bu tutukluların gerçekte Afganistan'daki savaşta yer aldıklarını duymak için askeri yargılamalar yapmak zorunda kaldılar. Bunun yeterli kadar adil olup olmadığı çok net değil. Bana kalırsa, Guantanamo Körfezi tutuklularına usullere uygun hak verilmediği için Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne bu askeri mahkemelerin içeriğine itiraz niteliğinde pek çok dava açıldığını duyacaksınız. Şimdi, Irak istilasına bir göz atalım. Uluslararası hukuku ihlal edip etmediği bakış açılarına göre değişir. Bush hükümeti, etmediğini düşünüyor. Aslında Birleşmiş Milletler kararları bu istilaya yetki verdi. Sanıyorum diğeri ülkelerin çoğu, özellikle Batı Avrupa'daki, buna katılmıyorlar. Benim fikrime göre ise kararlar askeri bir harekate yetki vermedi ve eğer Güvenlik Konseyi yetki vermek isteseydi verirdi. Bence bu uluslararası hukukun belirsizlik sorunudur. Uluslararası Suç Mahkemesi'ni de içeren üçüncü soruya geçelim. Bu Amerika'da çok yoğun bir şekilde itiraz edilen bir konudur. Yeni muhafazakarları sevmeyenler, Uluslararası Suç Mahkemesi'ne katılmadığı

için Bush hükümetini eleştirdiler. Bush hükümetine göre bu katılım Amerikan egemenliğine bir saldırı olacaktı. Çünkü bu olay Amerikan askeri personelini olduğu gibi başkana kadar bütün Amerikan siyasilerini yargılama yetkisi verecekti ve bu da Amerikan Anayasası'nın ihlali anlamına gelecekti. Benim kişisel görüşüm ise bu bir ihlal olmayacaktı. Birleşik Devletler, Başkan tarafından imzalanan, senato tarafından onaylanan anlaşmalar imzalayabilirler ve bu Amerikan siyasal sisteminde neredeyse anayasa hukukunu dahi bağlayıcı olmuştur. Bence bu konuda Amerikan siyasilerinin bu mahkemede nasıl muamele görecekları konusunda korkusu bulunmaktadır.

İKİNCİ GÜN
İKİNCİ OTURUM

**“Demokrasinin Pekişmesinde
Yargının Rolü:
Eski ve Yeni Demokrasiler”**

“Yeni Demokrasiler”

Oturum Başkanı

Av. Vedat Ahsen COŞAR
(Ankara Barosu Başkanı)

Sunucu: Sayın konuklar; tekrar hoş geldiniz.

Oturumu açmak üzere, Ankara Barosu Başkanı Av. Vedat Ahsen Coşar'ı kürsüye davet ediyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Değerli konuklar, sevgili meslektaşlarım, sayın konuşmacılar; önce bir şeyi arz etmek istiyorum: Konuşmacı arkadaşlarımızdan biri de gelmek üzere, ama sayın Hacıyev uçağa yetişeceği için birazcık erken başlamak durumunda kaldık, ben onu size arz etmek istiyorum.

VEDAT
AHSEN COŞAR'IN
KONUŞMASI

"Yeni Demokrasilerde Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü" konulu oturuma hoş geldiniz. Öncelikle Türkiye Barolar Birliği'ne *"Demokrasi ve Yargı"* konulu bu eğitici ve öğretici sempozyumu düzenlediği için teşekkür ediyorum.

Yine, Ankara Barosu Başkanı olarak bana bu oturumu yönetme görevi vermekle, benim şahsımda Ankara Barosu'nu onurlandırdığı için Türkiye Barolar Birliği sayın Başkanı'na ve değerli Yönetim Kurulu üyelerine teşekkür ediyor ve siz değerli konukları şahsım ve barom adına saygıyla selamlıyorum.

Samuel Hungtinton'un *"Üçüncü Dalga, 20. yy Sonlarında Demokratlaşma"* isimli özgün eserinde, Salazar diktatörlüğünün 25 Nisan 1974'te devrilmesi ve böylece demokratikleşmenin üçüncü dalgası fenomeni olarak nitelediği süreçle birlikte, özellikle 1990'lı yılların başlangıcından itibaren, zorbalığa dayanarak ve

kaba güç kullanarak varlıklarını sürdürmeye çalışan siyasal sistemlerin ve ideolojilerin egemen olduğu Avrupa, Asya ve Latin Amerika'da yeni demokrasiler olarak isimlendirilen otuzdan fazla ülkede demokratik rejimler, otoriter rejimlerin yerini aldı. Kuşkusuz diktatörler, az da olsa totaliter devletler hala var, ama demokrasinin ciddi ve güvenilir bir alternatifi yok.

Bununla birlikte ve başta yeni demokrasiler olmak üzere, birçok toplumda demokrasinin yerleşmesinin ve yaygınlaşmasının önünde pek çok engel var. Yeni demokrasiler olarak isimlendirilen bu yeni rejimlerin çoğunluğu, siyaset bilimciler arasında kabul gördüğü biçimiyle, liberal demokrasi olarak tanımlanmaktan daha çok, seçim demokrasileri olarak tanımlanmakla, eski demokrasilere oranla daha farklı engellerle karşı karşıyadır. Bu engellerin aşılabilmesi ve ters bir dalgayla otoriterizmin geri gelmemesi için özellikle yeni demokrasilerin arasında serbest ve adil seçimler yapmış olanların da bulunduğu, çoğu uzun ömürlü demokrasilerde ortaklaşa bulunan kişisel özgürlüklerin korunması ve hukukun üstünlüğü ilkesine bağlılık alanlarında kendilerini geliştirmeleri ve varolan eksikliklerini gidermeleri gerekir.

Günümüzde demokrasiden söz eden pek çok kişinin ima ettikleri şey olan liberal demokrasi, gerçekte biri katı anlamda demokratik, diğer liberal olan iki farklı unsurun birbiriyle bütünleşmesinden oluşmaktadır. Etimolojik kökeni itibariyle, demokrasi kelimesinin en basit anlamı, halkın egemenliğidir. Demokrasi çoğunluğun egemenliği olarak, bir kişinin egemenliği olan monarşiden, en iyinin egemenliği olan aristokrasiden ve azınlığın egemenliği olan oligarşiden ayırt edilmektedir. George Sabine artık klasik hale gelen "*Felsefi Siyasi Düşünceler Tarihi*" isimli eserinde, "*Liberal bir yönetim biçiminin önemli bir karakteri, belki de en önemlisi negatif niteliğidir, diğer bir deyişle, totaliter olmayışıdır*" diyor. Gerçekten liberal demokrasi anlayışı toplumsal ve aynı zamanda ahlaki bir görüşü içinde barındırır.

"*Bırakınız yapsınlar*" anlamındaki ekonomik liberalizmi bir tarafa bırakır ve Locke'un, Montesquieu'nin, Madison'un,

Blackstone'un savunduğu anlamda, yani hukuk devleti, anayasal devlet, siyasal özgürlükler demek olan siyasal liberalizme sahiplendiğimizde, demokrasinin liberalizmin bir aracı değil, liberalizmin demokrasinin bir aracı olduğunu ifade etmememiz gerekir. Bu çerçevede liberal demokrasinin amacı, özgürlük yoluyla, yani özgürlükleri kullanarak, eşitliği sağlamaktır. Gerek özgürlüklerin korunmasında, gerekse eşitliğin sağlanmasıyla adaletin gerçekleştirilmesinde kuşkusuz iktidarın temerküzünü ve yetkilerinin istismarını önlemek için biçimlendirilmiş bir dengeleme ve denetleme sistemi olan anayasacılığa gereksinim vardır. Ama bu sadece bir haklar listesi hazırlayarak yapılamaz. Yanı sıra, iktidarların bu hakları çiğnemeyeceği bir sistem inşa ederek yapılabilir. Bu yapılmadığında, insanlar Anayasaları önemli bir farklılık ve güvence yaratmayacak yazılı kağıt parçaları olarak görmeye başlarlar. Bunun yaşanmış en trajik örneği, Almanya'nın özenle yaptığı ve fakat faşizmi bertaraf etmekte başarısız olan ve o nedenle "*Weimar Sendromu*" olarak adlandırılan Anayasa'dır. Siyasi iktidarların bireysel hak ve özgürlükleri çiğnemeyeceği bir sistemin inşasında ve yürütülmesinde, buna bağlı olarak demokrasinin pekişmesinde en önemli etken, bağımsız ve tarafsız bir yargının varlığıdır. Yargı bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanamaması durumunda, ne ya da neler olacağını Weimar Sendromu hepimize göstermiştir.

Sovyetler Birliği'nin 1989 ağustosunda Polonya'da komünist olmayanların iktidara gelmesine rıza göstermesinden ve hatta bir anlamda bunu teşvik etmesinden sonra, bütün Doğu ve Kuzey Avrupa'yı kapsayarak başlayan demokratlaşma dalgası sonrasında, demokratik bir sisteme kavuşan ülkelerden Azerbaycan, Rusya, Macaristan, Slovakya'dan gelen değerli konuşmacılar, 1945'ten bu yana birkaç arzayla olsa da, demokratlaşma yolunda epeyce yol kat eden ve daha kat edeceği çok yol olan bize, bizim ülkemize ve bizlere, bizzat yaşadıkları totalitarizmden demokrasiye giden uzun yolu, bu yolda karşılaştıkları zorlukları, bugün karşı karşıya buldukları sorunları, bu sorunların aşılmasında ve demokrasinin pekişmesinde yargının oynadığı ve oynayacağı önemli rolü kuşkusuz anlatacaklardır.

Beni dinlediğiniz için hepinize teşekkür ediyorum ve ilk konuşmacı olarak, aynı zamanda uçağa yetişme sorunuyla karşı karşıya bulunan sayın Hacıyev'e sözü veriyorum; buyurun.

KHANLAR
HAJIYEV'İN
TEBLİĞİ

Dr. Khanlar HAJIYEV (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargıç, Azerbaycan Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanı):*

Konferansın değerli katılımcıları.

Bu konferansın davetini, yalnızca bana ilginç sunumları dinleme fırsatı verdiği için değil, ama aynı zamanda, yargının demokrasilerdeki rolü hakkındaki görüşlerimi paylaşma fırsatı verdiği için de büyük bir minnettarlıkla kabul ettim. Ele aldığımız bu sorun, bilhassa bağımsızlığını görece yeni kazanmış olan ve tüm güçlerini Sovyet sonrası dönemin sorunlarıyla başa çıkmaya, siyasî ve hukukî sistemlerini reforma tâbi tutmaya ve etkin bir ekonomik yapı oluşturmaya yöneltmiş bulunan ülkeler açısından aciliyet taşımaktadır. Azerbaycan'ın bugüne kadarki yol haritası incelendiğinde, ülkenin, kuruluşunun ilk yıllarında, aşağıda sayılan şu problemlerle yüzleşmek zorunda kaldığının dürüstçe kabul edilmesi gerekmektedir: ülke topraklarının bir kısmı üzerindeki kontrolün kaybı, devasa sayılara ulaşan mülteciler ve iktidar mücadelesindeki farklı siyasî güçler arasında yaşanan iç çatışmalar. Buradan yola çıkarak ben de, Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası'nın kabul edildiği 1995 yılını, ciddi reformların başlangıç noktası olarak kabul ediyorum. Bu Anayasa ile; halk egemenliği ifadesi, erkler ayırımına dayanan bağımsız, lâik ve demokratik bir devletin kuruluşu, insan haklarının üstünlüğü ve piyasa ekonomisi ilişkilerinin kurulması ifadeleri ile, devletin mülkiyet hakkına saygı göstereceği hükmü ilân olunmuştur. Kısacası, Anayasa, ülkedeki reformların başlangıç noktası işlevini görmüştür.

Azerbaycan ile Avrupa Konseyi arasındaki işbirliğinin en önemli aşamaları da, yine bu yıllarda başlamıştır. Anılan bu

* "Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü" başlıklı tebliğ. Çev: Arş. Gör. A. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

işbirliği, ülkede gerçekleştirilen ciddi siyasî ve hukukî değişimlerden ve demokratik Avrupa'nın ünlü hukuka bağlı devlet standartlarına ulaşmak için çaba harcama yönünde ortaya konan niyetlerden güç alarak gelişmiştir. Birbirleriyle yakın ilişki içinde olan demokrasi, hukuka bağlı devlet anlayışı ve temel hakların korunması ilkeleri, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerdeki yasal gelişimin ulaşmak istediği ideal seviyeyi ve amacı ifade etmektedir. Bu amaçlara ulaşabilmek için de, ilgili ülkelerin, mevzuatlarını İnsan Haklarına ve Özgürlüklerine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin gereklerini dikkate alarak geliştirmeleri ve hukuk sistemlerini (yeniden) yapılandırmaları gerekmektedir.

Avrupa Konseyi'ne üye oluncaya kadar, Azerbaycan'da yürürlükte olan mevzuatla uygulamaya ilişkin pratikler ve Avrupa Standartları olarak anılan standartlar arasında açıkça görülebilen farklılıklar bulunmaktaydı. Ülkede geçerli olan yasalar ile Sözleşme'nin ortaya koyduğu talepler arasındaki bu çelişkilerin ortadan kaldırılması, büyük bir önem taşıyordu. Bu yoldaki ilk adımlar, 1996 yılında, ilk derece mahkemeleri (court of first instance), istinaf mahkemeleri (court of appeal) ve temyiz mahkemesinden (court of cassation) oluşan üç dereceli yeni bir yargı sisteminin kurulmasını öngören "*Mahkemeler ve Hakimler Hakkındaki Yasa*"nın kabulüyle atıldı. Bu Yasa ile, tüm yargıçlar eşit statüye getirildi. Ülke'nin Yüksek Mahkemesi de (Supreme Court), Sovyet dönemi boyunca sürdürdüğü tipik faaliyetler olan, ilk derece mahkemelerinden yapılan başvuruları sonuca bağlama ve devlet organlarının denetimini yapma (supervision of powers) görevlerinden arındırılarak, yalnızca hukukî sorunların çözüldüğü bir temyiz mahkemesine dönüştürüldü.

Daha sonraları ise, ceza usul ve medenî usul yasaları kabul edildi. Bu yasaların, anayasal bir devletin oluşumuna giden yoldaki önemine ne kadar vurgu yapılırsa azdır. Tutuklama, telefon dinleme ve aramalar gibi temel yönetsel işlemlerin yargısal denetimi sorunu da çözüldü. Bu kurallar, polisin ve Savcılık Teşkilatı'nın faaliyetlerini düzenleyen diğer yasalara

da aktarıldı. Buna ek olarak, Savcılık Teşkilatı'nın, kendisini Sovyet Dönemi'nin en güçlü organı yapan "genel gözetim" (general supervision) yetkisi de elinden alındı.

Bu nedenle, tüm bu sayılanlar aslında eksik bir liste olmakla birlikte, kanımca meselenin özünü ortaya koymak açısından yeterlidir: Bütün bu yapıların altında yatan temel düşünce, Mahkeme'nin saygıdeğer konumunu yeniden inşa etmek ve hepsinden de önemlisi, vatandaşların, gerek devlet ve vatandaşlar arasında, gerekse vatandaşların kendi arasında yaşanan sorunları çözen tarafsız ve bağımsız bir hakeme olan güvenlerini yeniden kazanınaktır.

Büyük bir aciliyet taşıyan bir diğer konuya daha değinmek istiyorum; 1998 yılında Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşuna. Anayasa'ya göre Mahkeme, başta yasaların (laws) ve diğer yasama işlemlerinin (legal acts) Anayasa'ya uygunluklarının denetimi, yasaların (statutes) ve Anayasa'nın yorumlanması ve farklı iktidar erkleri arasındaki uyuşmazlıkların çözümü olmak üzere, pek çok önemli yetkiyle donatılmıştı. Faaliyetinin ilk yıllarında Anayasa Mahkemesi, tüm dikkatini mevzuatın demokratikleştirilmesini ve insanileştirilmesini güçleştiren eski normların gözden geçirilmesine ve teşhisine, hak ve özgürlüklerin altını dolduran standartların anayasal açıdan yorumlanmasına ve vatandaşların sosyal haklarının korunması konularına yoğunlaştırmıştı. Aynı zamanda Ülke'nin, Avrupa Konseyi'ne üyelik sürecinde üstlendiği yükümlülükleri yerine getirdiğine ve geçtiğimiz yılın başında, vatandaşların, temel hakların korunması konusunda daha etkin bir işlev göreceği olan Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapma olanağına da kavuşturulduğuna dikkatlerinizi çekmek istiyorum.

Bütün bunların sonucu olarak, ülkede yeni bir tür yasama faaliyetine dayanan yeni bir hukuk sisteminin şekillenmekte olduğunu görebilmekteyiz. Ne var ki, bu sürecin de tamamlanmış olduğu düşünemeyiz; zira, adil bir hukuk düzeninin olmazsa olmaz koşulu olan avukatlık kurumunun ıslahı, vatandaş haklarının, idarenin keyfi davranışları karşısında gerektiği gibi korunması amacıyla bir idarî yargı sisteminin oluşturulması

ve hâkimlerin bağımsızlığının güçlendirilmesi gibi ihtiyaçlar, halen varlığını sürdürmektedir. Birçok uluslararası uzmanın da tanıklık ettiği üzere, uygulamadaki pratiklerin değişimi, yasa yapımı alanındaki değişimlerden çok daha yavaş ilerlemektedir. Vatandaşların uzun bir süreç içinde şekillenen adalet anlayışı ile gelenekler ve koşullar arasındaki bağlantının da bir seferde kopması mümkün değildir. Bu bağlamda, özellikle ülkedeki profesyonel hukuk kültürünün, ekonomik ve sosyal alandaki ilişkilerin yasa dışı biçimlerde gerçekleşmesine yol açan düşük seviyesine dikkat etmemiz gerekmektedir.

Bu bağlamda, Adalet Bakanlığı'nın güçlendirilen rolüne değinmemek de, haksızlık olacaktır. Azerbaycan'ın, Sovyetler Birliği'nden kopan ülkeler arasında, cezaevlerini bu kuruma bağlayan ilk ülkelerden biri olduğu gerçeği, bu kapsamda karşımıza çıkan ilk husustur. Bu kurumun rolü, aynı zamanda, olağan yargı organlarında görev yapan yargıçların seçimi ve atanması konusunda da hakim durumdadır. Ülkedeki Adalet Konseyi (Council of Justice) de, gerçekte bu kurum tarafından yönlendirilmektedir. Ne var ki, ülkede görev yapan hakimlerin görevlerinin sona erdirilmesinin ardından gerçekleştirilen en son geniş kapsamlı hakim alımının, vatandaşların adaletle olan güveninin pekişmesine hizmet ettiğini söylemek de mümkün değildir.

Anayasa'nın, halihazırda oluşturulmuş bulunan güçlü yürütme erkini daha da güçlendirdiğine de dikkat çekmemiz gerekmektedir. Bu sonuca ulaşılmasında, bir dereceye kadar, daha önce yaşanan olayların da etkisi olmuştur. Fakat yürütmenin siyasal gelenekleri diğer iktidar organları -yasama ve yargı organları- gerçek denetleme yetkilerinden arındırılırken süregelmiştir. Bu durum reformların gerçekleştirilmesi ve sürdürülmesinin bizzat iktidar tarafından yapılmasının nedenlerini açıklayabilir. Bununla birlikte, bu reformların öncesinde ne toplumda bir tartışma ortamı yaratılmakta, ne de alternatif taslaklar üzerinde bir tartışma imkânı olmaktadır. Ancak, aynı zamanda kabul edilmelidir ki insanlar, güçlü bir yürütme organıyla birlikte, tüm umutlarını istikrar olgusuna bağlamış

durumdadırlar. Böyle olunca da, kendi içinde çelişkili olan bir süreci gözlemlememiz mümkün hale gelmektedir. Güçlü bir yürütme erkinin varlığı, bir yandan geleneklerle, diğer yandan da reformlara devam etmenin en temel şartlarından biri olan istikrar kavramıyla açıklanmaktadır.

Diğer taraftan, şüphesiz ki uzun ve öngörülebilir bir istikrar, ancak gelişmiş sivil toplum kurumlarıyla desteklenen adil bir devlet organizasyonu sayesinde mümkün olabilir. Buna ek olarak, hukuk devleti anlayışı, yasama organının, elinde tuttuğu iktidara ek olarak büyük bir sorumluluk bilincini de bünyesinde barındırdığını varsaymaktadır.

Hukuk, sadece yasama faaliyetlerinden ibaret değildir. Hukuk; hukukî algılar, hukukî değerler, yorum sistemi ve hukuk eğitimi gibi daha pek çok unsurdan oluşmaktadır. Hiçbir devlet düzeninin tek başına anayasal devlet düzenini yansıtmadığı açıkça kabul edilmektedir. Burada esas olan, devlet organlarının faaliyetlerini düzenleyen ve vatandaşların faaliyetlerini sınırlayan temel normların oluşturulmasıdır. Bu bağlamda, anayasal devletin de, temel normların ve yasaların belli bir takım değerlere bağlı kalınarak oluşturulduğu devlet düzeni olarak tanımlanması mümkündür. İşte, etkin ulusal araçların inşası da, bu değerlerin korunması amacıyla gündeme gelmektedir.

Sözleşme, devletin siyasi yapılanması konusunda herhangi bir tanım öngörmemektedir. Bu da çok doğaldır; zira Sözleşme'nin görevi, vatandaşların temel hak ve özgürlüklerini garanti altına almaktır. Ancak Sözleşme'nin, aynı zamanda devlet örgütlenmesini konu alan bazı düzenlemeleri de mevcuttur. Örneğin, Sözleşme'nin Önsözü'nde, temel hak ve özgürlüklerin en iyi biçimde korunmasının, ancak gerçek anlamda demokratik bir nitelik taşıyan siyasi rejimler sayesinde mümkün olduğuna işaret edilmektedir. Sözleşme kurallarının ve Avrupa Mahkemesi'nin içtihat hukukunun etkin bir hukuk sisteminin varlığını ve sistemde yer alan görevlilerin siyasi ve hukukî yönlerden demokratik bir kültüre sahip olduğunu varsaydığı aşikardır. Bu yüzden, Sözleşme, devletlerden, bunların etkin

bir biçimde uygulanabilmesi için gereken siyasî ve anayasal koşulların garanti altına alınmasını talep etmektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin en temel talebi; herkesin, kararları yasal etki gücüne sahip, bağımsız, tarafsız ve yetkili bir mahkemeye başvuru hakkına sahip olmasıdır. Sözleşme'de ortaya konulan bu taleplerden yola çıkarak, gerçek anlamda demokratik bir siyasal sistemin kurulması için gerekli olan en temel ön koşulun, erkler ayrımı prensibine katı bir biçimde uyulması olduğu sonucuna varabiliriz. Sözleşme'de öngörülen temel hak ve özgürlüklerin korunması, her şeyden önce taraf devletlerin görevidir. Zira Sözleşme'nin 1. maddesine göre taraf devletler, kendi yetki alanlarında bulunan herkesin hak ve özgürlüklerini garanti altına almakla yükümlüdürler. İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu noktadaki görevi ise ikincildir; başka bir deyişle, ilave bir nitelik taşımaktadır.

Sözleşme'de öngörülen organların görevi; ulusal hukuk kurumlarını yönlendirmek ve desteklemek faaliyetlerine ek olarak, kendi hukukî kurum ve yöntemleri vasıtasıyla insan haklarının asgarî ölçüde korunmasını garanti altına almaktır (McDonald R., Matscher F., Petzold H., *The European System of the Protection of Human Rights*, 1999, p. 41). Avrupa Mahkemesi, Sözleşme'de ve Ekli Protokoller'de düzenlenen hak ve özgürlükleri korunması ve devletlerin üstlendikleri sorumlulukların yerine getirilmesi konusunda asla pasif bir tavır almamakla birlikte, ikincillik (subsidiarity) ilkesine göndermede bulunmak suretiyle, sanki kararlarında insan haklarının korunması konusunda ulusal hukuk düzenlerinin rolüne vurgu yapmaktadır. Babayev v. Azerbaycan Davası'nda Mahkeme, taraflara, söz konusu uyuşmazlığı Azerbaycan Yüksek Mahkemesi'nin birleşik oturumuna taşıma imkânının sağlanmış olmasını, Strazburg Mahkemesi'ne erişim hakkını ortadan kaldırdığı gerekçesiyle yetersiz bulmuştur. Ulusal hukuka göre temyiz mahkemesi olan mevcut mahkemeye başvuru, söz konusu başvuru sorunun çözümünün Yüksek Mahkeme'nin birleşik oturumundaki hukuki incelemeye konu olmasına ilişkin bir hak olduğu gerekçesiyle bütünüyle Yüksek Mahkeme Başkanının kararına bırakılmıştır.

Mahkeme'nin halihazırdaki bu tutumu, ulusal düzeydeki yargı yetkisinin reddi olarak değerlendirilmemelidir. Zira Mahkeme, kararlarının, devletlerin yasama süreçleri ve hukuk düzenleri üzerinde yarattığı görmezden gelinemeyecek etkiye rağmen; devletlerin yasal, yargısal veya diğer işlevlerine yönelik kurallar ve prensipler tespit etme gibi bir işlevinin olmadığından altını defalarca çizmiştir. Ne var ki bu kararlar, uyguladıkları hukuki yöntemlerin belirliliği (legal distinctness) ve etkinliği (effectiveness) konusunda dördüncü bir yargı kuvvetinin de varlığını düşünmek ve hesaba katmak durumunda kalan devletler açısından bir tür itici güç işlevi görmektedir.

Azerbaycan Cumhuriyeti'nin yargısal sistemi içinde farklı derecelerde yer alan mahkemelerin faaliyetlerine bakıldığında ise, adil yargılama için öngörülen kriterlerin yalnızca ilk derece mahkemeleri tarafından yerine getirilmesinin yeterli olmadığını vurgulamak, büyük bir önem taşımaktadır. Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'ne kadar olan tüm yargı mercilerinin, aranan kriterlere cevap vermesi gerekmektedir. 26 Mayıs 1988 tarihli Ektabani v. İsveç kararında Mahkeme; *"ceza yargılaması bir bütün oluşturur ve 6. madde'nin öngördüğü koruma, ilk derece mahkemesinin kararıyla birlikte sona ermez"* demiştir. Buna ek olarak, Mahkeme'nin yerleşik içtihadının da gösterdiği üzere, bir istinaf (court of appeal) veya temyiz mahkemesi (court of cassation) bulunan devletlerde, *"kanun karşısında sorumlu tutulan kişilerin, bu maddede öngörülen temel güvencelerden, anılan bu mahkemeler önünde de yararlanmasının garanti altına alınması"* gerekmektedir.

Yargısal denetimin kabul edilebilir şartlarının takdiri ve tayini, böyle bir yargı sistemine sahip olan bir ülke açısından büyük önem taşımaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi, adaletin gecikmesini, adaletin hiç yerine getirilmemesiyle eş anlamlı olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, yargılamada geçen sürenin, yargı kararlarının etkinliğini azaltmamasına ve adalete olan güveni sarsmamasına özel bir önem atfetmektedir.

Yargılamanın etkinliği, büyük ölçüde, ülkede işlemekte olan yargı sistemine ve daha da önemlisi, bizzat yargıçlara

bağlı bir konudur. Demokratik bir toplumlarda vatandaşların selameti hukuk devletine bağlıdır ve mahkemeler de, hukuk devletinin varlığının en temel güvencesidir.

Ülkemizin bağımsızlığının ilk dönemlerinde ortaya atılan en gelişmiş yargısal-hukukî reform plânlarından birinin müellifi olarak, yargının işleyişine dair pek çok sorunun tartışılacağı ve çözüme bağlanacağı bir tür "yargıçlar topluluğu" önerisini gündeme getirmiş ve daha sonra da bunu, bir taslak olarak kaleme almışım.

Ne var ki, söz konusu taslak kabul görmedi. Daha önce de belirttiğim gibi, bunun yerine, Adalet Bakanlığı'nun rolü her zamankinden daha güçlü hale getirildi. Kuşkusuz, sunduğum bu taslağın da, tamamı aynı çıkarları savunan bir yargıçlar hegemonyasına sebep olma ihtimali gibi bir eksikliğin bulunduğunu kabul ediyorum. Ancak bugün, konunun üzerinden neredeyse 10 yıl geçtikten sonra dönüp tekrar geriye baktığımda, önerdiğim bu çözümün, tüm meselenin, ihlâl edilen hakların etkin bir biçimde korunması amacıyla güçlü ve bağımsız bir yargı organı yaratma imkânı bulunmayan yürütme organına mutlak bir biçimde tevdi edilmesinden daha iyi olacağı konusunda hiçbir şüphem olmadığını söyleyebilirim.

Bu problemin varlığının, kendi başına, ülkemizde en başa dönülmesini ve söz konusu mesele hakkında geniş bir tartışma ortamı yaratılması zorunluluğunu dikte ettiğini düşünüyorum.

Amerikan Anayasası'nın hazırlayıcıları, bağımsız mahkemelerin, iktidarın kişiler üzerindeki gücünü sınırlayan bir anayasa için taşıdığı özel önemi anlamışlardı. A. Hanılton'un da dediği gibi; "*(bağımsız yargı) olmaksızın, bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması için yapılan tüm girişimler sonuçsuz kalırdı*". Hamilton, yargının, üç temel iktidar erki arasına en güçsüz olan erk olduğunu ve kendi kendisini koruyabilmesi için de, olası tüm araçların hayata geçirilmesi gerektiğini fark etmişti. Bu sözler, özellikle bugünlerde, benim ülkem için de hayati bir öneme sahiptir.

Sizlerle birkaç düşüncemi paylaşmaya çalıştım. Gelecek on yıldaki ısrarlı çabalar, ulusumuzun en değerli niteliklerinden birinin adalete olan inancı olduğunu gönül rahatlığıyla söylememize imkân verecektir.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz.

Sayın konuşmacı Feldbrugge Rus değil, Hollandalı.

FERDINAND J. M.
FELDBRUGGE'UN
TEBLİĞİ

Prof. Dr. Ferdinand J. M. FELDBRUGGE (Leiden Üniversitesi, Doğu Avrupa Hukuku ve Rusya Araştırmaları Enstitüsü):*

Giriş

Ulus devlet örgütlenmesinin en tepesinde yer alan kendine özgü bir kurum olarak anayasa mahkemesi, görece yeni bir buluştur. Bu kurum, kendi niteliğini açıkça ortaya koyan “*şekli*” bir anayasanın varlığını gerektirmektedir ve kavramın kökleri de, Aydınlanma Çağı’na ve ABD (1789) ve Fransız (1791) anayasaları gibi ilk önemli anayasaların yapıldığı döneme kadar uzanmaktadır. 19. yüzyılın başlarına gelindiğinde Avrupa monarşilerinin pek çoğu, genellikle parlamenter demokrasinin pekişmesinin bir sonucu olarak, çeşitli anayasalar kabul etmişlerdir. Tüm bu gelişmeler, anayasallaşma eğiliminin, devletlerin siyasî-hukukî yapısını oluşturan temel düzenlemelerin yeniden formüle edilmesi ihtiyacının duyulduğu siyasî dönüşüm dönemlerinde ortaya çıktığını düşündürmektedir. Değinen bu “*maddi*” anlamdaki anayasaların ilk örneklerine, önceki çağlarda da sıklıkla rastlanmış ve bunların, birbirlerinden çok farklı biçimlerde isimlendirildikleri görülmüştür. İlgili taraflar, uzun yüzyıllar boyunca, etkin ve birbirlerinin karşılıklı avantajını gözeten bir yönetim oluşturabilmek amacıyla, kendilerine ait en önemli hak ve ödevleri karşılıklı olarak yazılı hale getirme eğiliminde olmuşlardır. Bu tür “*avant la*

* “Rus Anayasa Mahkemesi ve Demokrasinin Pekişmesi” başlıklı tebliğ. (Bu çalışmada Rus Anayasa Mahkemesi kararlarına yapılan atıflarda, merhum Dr. G. P. van den Berg’in 13 numaralı dipnotta belirtilen çalışması esas alınmıştır.) Çev.: Dr. Ozan Ergül ve Ar. Gör. A. Ersoy Kontacı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

lettre" anayasaların sözleşmecî doğasının, gerçekten de Avrupa siyasî kültürünün en belirgin karakteristik özelliklerinden biri olduğunu söylemek mümkündür.

Bununla birlikte, çağdaş anayasaların yeniliği, sadece isimlerinde değil, fakat daha da önemlisi, anayasaların sıradan yasalardan daha fazlası olduğunun; diğer bir deyişle anayasaların sıradan yasaların geçerlilik kaynağı olduğunun farkına varılması, ya da bunun iddia edilmesinde yatmaktadır. Bu ise, derhal anayasaların meşruiyetinin kaynağı sorusunu akla getirmektedir. Bu soruya verilen standart cevap, meşruiyetin kaynağının halkın egemenliği olduğudur. Diğer cevaplar ise, ya Tanrıya, ya da monarşilerin eski anayasalarında olduğu gibi, monarkın egemenliğine yapılan atıfları içermektedir. En az ideolojik ve en gerçekçi olasılık olmasına rağmen en az tercih edilen cevap ise; genellikle büyük vatandaş topluluklarını temsil etme iddiasındaki bireylerden oluşan kurucu meclislere atıf yapmaktadır.

Amerikan Devrimi'nden bu yana, devrim ya da benzer nitelikteki siyasî olayların sonucunda yaşanan köklü rejim değişikliklerinin ardından, yeni bir anayasa yapılması neredeyse kaçınılmaz bir şey olarak düşünülmektedir. Bunun nedeni, yeni rejimin, kendi yönetimini meşrulaştırmak için eski rejime ve onun tarafından oluşturulan düzene başvurma imkânının olmamasıdır. Böyle durumlarda, (yeni) anayasanın dayanağı olarak halkın iradesine atıf yapılması, mantıksal olarak zorunlu olmamakla birlikte, en açık ve en az çürütülebilir yaklaşımı temsil etmektedir. Bu durumda ise geriye, bir anayasanın yanında neden bir anayasa mahkemesinin de gerekli, ya da en azından arzu edilen bir şey olduğu sorusu kalmaktadır. Bu soruya cevap vermek içinse, yapılacak olan açıklamanın en azından bir bölümünün, ABD Yüksek Mahkemesi'nin gelişim tarihine uzanması gerekmektedir.

ABD Anayasası'nın 3. maddesi, Yüksek Mahkeme'ye, (federal) yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini açık bir şekilde tanımamaktadır; fakat Yüksek Mahkeme, çok erken bir tarihte (1803) verdiği meşhur *Marbury v. Madison*

kararında böyle bir yetkiye sahip olduğunu ileri sürmüştür. O günden bu yana ABD Yüksek Mahkemesi, sadece ulusal bir yüksek mahkeme olarak değil, ama aynı zamanda bir anayasa mahkemesi olarak da işlev görmektedir.

Ayrı bir anayasa mahkemesi olgusunun gerçek manâdaki zafer dolu ilerleyişi ise, 2. Dünya Savaşı'nın ardından, 1949 tarihli Alman Federal Anayasası ile kurulan Federal Anayasa Mahkemesi ile başlamıştır. Başlangıçta Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri; temel olarak yasama faaliyetlerinin (geniş anlamda) Anayasa'ya uygunluklarının denetiminden ve Federasyon ile Eyaletler arasındaki farklı yetkilerin sınırını denetlemekten ya da izlemekten oluşuyordu. Daha sonra ise, 1969 yılında yapılan bir değişiklikle, Alman Anayasası'nın Federal Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini düzenleyen 93. maddesine, kamu otoritelerinin, vatandaşların ve yerel yönetimlerin belli haklarını ihlâl eden işlemlerin denetimi de dahil edildi.

İşte o zamandan başlayarak anayasalar, dünyanın her tarafında anayasa mahkemeleri kurmaya başladılar. 1958 tarihli Fransız Anayasası (De Gaulle Anayasası) ise, bir Anayasa Konseyi kurdu. Bu organın tam anlamıyla bir anayasa mahkemesi olmadığı hatırlandığında, konulan bu ismin tesadüf olmadığı görülebilmektedir. Gerçekten de Konsey'in görevi – o da her durumda olmamakla birlikte – yasaların ve kararnamelerin anayasa uygunluklarını, bunların yürürlüğe girmelerinden önceki aşamada denetlemektir (Fransız Anayasası, madde 61). Buna göre, "*Anayasa'ya aykırı bulunan bir hükümü, ne yayımlanabilir ne de yürürlüğe girebilir*".¹ Ancak, bu ülkede yasa bir kez yürürlüğe girdikten sonra, aynen anayasa yargısını reddeden diğer Avrupa ülkelerinde (Birleşik Krallık, Hollanda, İsviçre ve diğerleri) olduğu gibi, bizzat yasama organından gelecek müdahaleler hariç olmak üzere, artık söz konusu yasaya yönelik herhangi bir girişimde bulunulamamaktadır.

¹ Fransız Anayasası'nın 62. maddesinin birinci cümlesi, S.E. Finer, V. Bogdanor, B. Rudden, *Comparing Constitutions*, Oxford, 1995, s. 231'den alıntılanmıştır.

Anayasa mahkemelerinin yaygın popülaritesi hakkında düşünürken, özellikle halk egemenliği kavramının paralel popülaritesiyle birlikte ele alındığında, bunların da sorunsuz olmadığı görülmesinde fayda bulunmaktadır. Egemen halk iradesinin ifade edilmesinin olağan yollarının; seçilmiş belirlenen temsilciler, yani parlamento ile, başkanlık sistemiyle yönetilen ülkelerde de yine halk oyuyla seçilen başkan ile olduğu kabul edilmektedir. Bir anayasa mahkemesinin kurulması ise, başkanlık sistemlerinde ikinci ya da üçüncü bir söz sahibi yaratılması anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemeleri, halkın iradesini yansıttığına inanılan yasaları etkisiz hale getirme gücüne sahiptirler ve böyle yapmakla da, ülkedeki hukuk sistemini değiştirebilmektedirler.

Bu akıl yürütmeye ve varılan bu sonuca yöneltilebilecek iki muhtemel itiraz bulunmaktadır. Bunlardan birincisi; anayasa mahkemelerinin gerçekte yasaları değiştirmede, fakat sadece ülkenin en üstün yasasının içeriğini ve gerçek anlamını açıklığa kavuşturduğudur. Bu kapsamda düşünülebilecek diğer itiraz ise; zaman zaman tüm mahkemelerin verdikleri kararlar aracılığıyla yasaları değiştirdikleri ve anayasa mahkemelerinin de aynı şeyi yapmalarından dolayı endişe duymayı gerektirecek yeterli nedenin bulunmadığıdır.

Yukarıda değinilen itirazların ilki, yasaların bir tür içkin ve sabit bir anlama sahip olduğu biçimindeki felsefi bir varsayımına dayamakta olup, bu varsayımına göre hukukî bir metnin lafzı, temelde yatan "öz"ün mükemmellikten uzak bir yansımasından ibarettir. Bu, ilkesel temelde savunulması mümkün olmayan; uygulamada ise işlemesi imkânsız olan bir önerme görünümündedir.

İkinci itiraz ise, olağan mahkemelerin yasaları değiştirme konusundaki gerçek gücünün ve olanakların, hem ilkesel yönden hem de uygulama açısından anayasa mahkemelerinin sahip olduğu geniş içerikli yetkilerle kıyaslandığında oldukça mütevazı ve sınırlı kaldığını gözden kaçırmaktadır.

FERDINAND J. M.
FELDBRUGGE'UN
TEBLİĞİ

Bu nedenlerden ötürü, konuya hukuk siyaseti açısından bakıldığında, anayasa mahkemeleri ile "*halkın iradesi*" arasında büyük mesafeler doğmasını engellemek, arzu edilebilir bir şey haline gelmektedir. Bu bağlamda, Amerikan sisteminin belli bir ölçüde etkili olduğu söylemek mümkündür, zira her ne kadar Yüksek Mahkeme üyelerinin ömür boyu görev yapmak üzere atanmaları gibi engelleyici bir mekanizma bulunmaktaysa da, Amerikan sisteminde Yüksek Mahkeme'nin kompozisyonu, ülkenin siyasî yaşamındaki değişikliklerle ilişkilendirilmiş bulunmaktadır.

Hakem ve Ombudsman

Geçen yarım yüzyıl boyunca anayasa mahkemeleri tüm dünyada yayılmaya devam ettiler. Anayasa mahkemelerinin görevlerini, kabaca, bir hakemin ya da bir ombudsmanın görevlerine bakarak tanımlamak mümkündür. Anayasa mahkemesi, devletin en yüksek organları arasındaki düzenin sağlanması amacıyla, bir hakem ya da bir polis gibi hizmet görmektedir. Bu, özellikle söz konusu organlar arasında bir dengenin sağlanması, veya başka bir açıdan bakacak olursak, kuvvetler ayrılığı ilkesinin korunmasıyla ilgilidir. Buna ek olarak, federal veya en azından adem-i merkezîyetçi bir hükümet yapısına sahip olan devletlerde, anayasa mahkemesi, ilgili tarafların birbirleri karşısındaki güçlerini koruma sorumluluğunun da yüklendiği bir organ olabilmektedir.

Temel kamu hakları (civil rights) ve özgürlükleri söz konusu olduğunda, anayasa mahkemesi – en azından egemen devletler düzeyinde – söz konusu hak ve özgürlüklerinin ihlâl edildiğini iddia eden vatandaşlar için, ombudsman işlevi gören son bir sığınak da olabilmektedir.

Bu iki özelliğin, yani hukukun üstünlüğünün temeli olarak anayasal düzenin sağlanmasının ve insan haklarının korunmasının bir araya gelmesiyle birlikte, "*demokratik*" olarak nitelendirdiğimiz siyasî-hukukî sistemin önkoşullarının oluştuğunu kabul etmek mümkündür. Bu bağlamda, bir anayasa mahkemesi, demokrasinin gelişmesi ve pekişmesi için önemli

bir araç olarak görülmelidir. İşte, bu çalışmanın amacı da, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda ne kadar başarılı olduğunu incelemektir.

Bazı yerleşik demokrasilerde, olağan yargı kollarından ayrı bir anayasa mahkemesinin bulunmaması, tarihsel nedenlerle açıklanabilecek olan bir olgudur. Daha önce de belirtildiği üzere, Birleşik Devletler'de Yüksek Mahkeme, hem bir olağan temyiz mahkemesi, hem de bir anayasa mahkemesi olarak görev yapmaktadır. Bazı eski Avrupa demokrasilerinde (örneğin İngiltere, Fransa, Hollanda ve İsviçre'de) ise, parlamentonun egemenliği ilkesi, parlamentonun, önüne gelen tasarıların anayasallığı konusunda da karar vermeye yetkili olduğu şeklinde anlaşılmaktadır. Buna göre, yasa bir kez yayımlandıktan sonra, artık onun anayasallığı meselesi tartışma konusu yapılamamaktadır. Bununla birlikte, daha önce de işaret edildiği üzere Fransa'daki Anayasa Konseyi, bir anayasa mahkemesinin geleneksel işlevlerinden bazılarını üstlenmiş bulunmaktadır. Dahası, insan hakları alanında çalışmakta olan bazı uluslararası ve ulus-üstü mekanizmaların varlığı, vatandaşların bu alandaki şikâyetlerini çözmek üzere ulusal ölçekte kurulmuş olan özel bir foruma duyulan ihtiyacı da ortadan kaldırmaktadır. Söz konusu ülkelerdeki vatandaşların, anayasal haklarını ihlâl ettiğini ileri sürdükleri yasaların anayasaya uygunluğu konusunda dava açmalarının engellendiği durumlarda ise, vatandaşların, bu engeli "*uluslararası haklar çerçevesinde sahip oldukları bir insan hakkı ihlâli*" şeklinde niteleyerek ulusal mahkemelerde dava etmeleri ve bunu etkin bir biçimde aşabilmeleri mümkündür. Son olarak, bu yola başvurmalarına rağmen ilgili şikâyetler hâlâ çözüme kavuşturulamıyorsa, vatandaşların, olağan bir biçimde daha yüksek uluslararası yargı organlarına başvurmaları da imkân dahilindedir.

İşte tüm bu nedenlerle, söz konusu ülkelerde bir anayasa mahkemesinin kurulması, acil bir ihtiyaç olarak hissedilmektedir. Bununla birlikte, Rusya'daki anayasa mahkemesi, bir anayasa mahkemesinin tüm olağan yetki ve işlevleri ile donatılmış bulunmaktadır.

FERDINAND J. M.
FELDBRUGGE'UN
TEBLİĞİ

Rus Anayasa Mahkemesi: Tarihsel Arka Plân

Son yirmi yıl boyunca Rusya'da yaşanan gelişmelerle (Sovyet sisteminin yıkılması, dağılması, çökmesi vb.) ilgili mevcut terminoloji, eski totaliter sistemin az çok kendiliğinden ortadan kalktığını ve yerine, oldukça farklı ve demokratik olduğu iddia edilen yeni bir sistemin geldiğini ileri sürmektedir. Bu bakış açısı, Gorbachev rejimi tarafından üstlenilen devasa reform çabalarını görmezden gelmektedir.

Zira bu dönemde eski düzenin unsurları saf dışı edildikçe, yerlerine yenilerini konulmuştur. Gorbachev'lu yıllar boyunca, 1977 tarihli eski Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) Anayasası (Brejnev Anayasası), yeni bir demokratik sistemin kurulmasına paralel olarak, tedricen ve tanınmayacak kadar değiştirilmiştir. Değişim yönünde ortaya konan bu çabalar, aynı zamanda anayasa yargısı meselesini de kapsamıştır. Bu bağlamda, 1989'da gündeme gelen ana değişim dalgasının bir parçası da (ki bu değişiklikler, SSCB'yi parlamenter bir demokrasiye dönüştürmek ve hukukun üstünlüğünü kurmak üzere tasarlanmıştı), "*Anayasal Denetim Komitesi*"nin kurulması olmuştur. Anılan bu düzenlemeye ayrılmış olan 124. madde, tüm 1977 Anayasası'nın en uzun düzenlemesiydi (1991'de artık SSCB'nin varlığı sona erdiği tarihte ulaştığı son hali itibariyle). Taşındığı bu isme rağmen "*Komite*", gerçek bir mahkeme olmaya çok yaklaşıyordu.

Gerçekten de, Komite'nin Anayasa'yı koruma konusundaki yetkileri oldukça cömert bir biçimde tanımlanmıştı. Komite, bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğuna karar verdiğinde, hükümle birlikte yasanın yürürlüğü de duruyordu; ve eğer yasa aynı zamanda vatandaşların hak ve özgürlüklerini de ihlâl ediyorsa, söz konusu yasa, hükümle birlikte geçersiz hale gelmekteydi. Bu nederle, değinilen bu organı bütünüyle bir danışma organı olarak tanımlamak doğru bir yaklaşım olmayacaktır.

1989 yılına gelindiğinde hâlâ yürürlükte olan bu uygulamadan hareketle, Rusya Federasyonu da, SSCB örneğini takip ederek bir "*Anayasal Denetim Komitesi*" kurdu. Bir sonraki yıl

ise bu Komite, bir Anayasa Mahkemesi'ne dönüştürüldü (Rusya Federasyonu Anayasası madde 119)² ve görevleri de madde 165/1'de sayıldı (ana hatlarıyla; yasaların (laws) ve diğer yasama organı işlemlerinin (legislative acts) anayasa-ya uygunluğunun denetimi ile, federal devlet makamları ile diğer devlet makamları arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü).³ Ayrıntılı düzenlemelerin ise bir yasa ile yapılacağı belirtilmekteydi. Anayasa Mahkemesi ile ilgili olan bu yasa, 1991 yılında kabul edildi ve Mahkeme'yi ilgilendiren anayasal hükümlerle bu Yasa arasında bazı ufak tefek uyumsuzluklar bulunmasına rağmen, Rus Anayasa Mahkemesi'nin ilk yıllarındaki faaliyetleri, çıkarılan bu Yasa'ya göre yürütüldü. Yasa'ya göre ilk Rus Anayasa Mahkemesi'nin başlıca görevleri; yasalar ve diğer kural işlemler (normative acts) ile, yasaların uygulanma pratiklerinin Anayasa'ya uygunluklarını denetlemektir. Anayasa'nın aksine, Yasa'da kimlerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuru hakkına sahip olduğu ve bir kural işlemin Anayasa'ya aykırı bulunması halinde ne gibi sonuçların ortaya çıkacağı hususları da düzenlenmekteydi.

Bir yasanın uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğunu yönündeki şikayetler ise, tüm diğer yolların tüketilmesinin ardından, temel haklarının ihlâl edildiği ya da savunmasız bırakıldığı iddiasındaki herkes tarafından Mahkeme'nin önüne taşınabilmekteydi.

Rus Anayasa Mahkemesi, ilk yıllarında oldukça yoğun bir faaliyet içinde oldu. 1993 yılı başlarında Başkan Yeltsin ile Rusya Parlamentosu (Yüksek Sovyet) arasında yaşanan çekişmede, özellikle Mahkeme Başkanı Zorkin hayatî bir rol oynadı ve bunun sonucunda Yeltsin'in gazabına uğrayan Mahkeme'nin faaliyetleri, 7 Ekim 1993 tarihinde askıya alındı.⁴ 12

² 15 Aralık 1990 tarihli Yasa; *Vedemosti S''ezda narodnykh deputatov RSFSR i Verkhovnogo Soveta RSFSR*, 1990 No. 29 item 395.

³ 21 Nisan 1992 tarihli Yasa ile kabul edilmiştir, *Ved. S. n. d. RSFSR i V. S. RSFSR*, 1992 No. 20 item 1084.

⁴ Anayasa Mahkemesi'nin faaliyetlerinin 1993 yılında askıya alınmasının, o dönemde geçerli olan anayasal sistem açısından da tamamen hukuk dışı olduğuna hiçbir şüphe yoktur. Gerçekten, o tarihte yürürlükte olan

Aralık 1993 tarihli yeni Rus Anayasası, parlamento ile Başkan arasındaki siyasi-hukuki güç dengelerini, ikincisi lehine olmak üzere temelden değiştirdi ve ayrıntılı düzenlemeleri yeni Anayasa Mahkemesi Yasası'na bırakarak, bir kez daha bir Anayasa Mahkemesi kurulmasını öngördü.⁵

Anılan Yasa, 21 Temmuz 1995 tarihinde yürürlüğe girdi (bu Yasa için bundan böyle "AMY" kısaltması - Anayasa Mahkemesi Yasası- kullanılacaktır).⁶ Mahkeme, Şubat 1995 tarihinde yeniden faaliyete geçti. AMY, o tarihten günümüze uzanan süreç içinde, ilki 8 Şubat 2001, ikincisi de 21 Aralık 2001 tarihinde olmak üzere iki kez değiştirildi.⁷

Rusya Federasyonu Anayasası'nın 121/6. maddesi; "Rusya Federasyonu Başkanı'nun yetkileri (...) hukuka uygun olarak seçilmiş ve devlet iktidarını kullanan herhangi bir makamın faaliyetlerini askıya almak veya durdurmak için kullanılamaz" hükmünü içermekteydi. 164. maddenin 2. fıkrası da, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının Rusya Federasyonu Halk Temsilcileri Kongresi ("büyük" parlamento) tarafından seçilmelerini öngörmekteydi. Zorkin döneminde Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlarla ilgili bir Şerh için bkz., A.A. Belkin, *Kommentarii k reshenniim Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii 1992-1993*, St.Petersburg, 1994.

1991-1993 dönemi Mahkemesi üzerine daha fazla bilgi için bz. U. Steingröver, *Anfänge der Verfassungsgerichtsbarkeit in Russland*, Frankfurt a/Main, 2000 ve A. Blankenagel, "Detstvo, otrochestvo, iunost'" *rossiiskogo Konstitutsionnogo Suda*, Moskova, 1996.

- ⁵ Anayasa, çıkarılacak olan bu yasayı bir "federal yasa" olarak belirlemiştir (madde 128 f. 3). Bu tür yasaların, Federal Parlamento'nun her iki kanadında da nitelikli bir çoğunlukla kabul edilmesi gerekmektedir (madde 108). Bu sayı; parlamentonun her iki kanadının üye tam sayıları üzerinden ayrı ayrı hesaplanmak üzere, Federasyon Konseyi için dörtte üç, ve Devlet Duması için de üçte iki olarak belirlenmiştir. Aynı koşullar, federal anayasal kanunların değiştirilmesi için de aranmaktadır (madde 136).
- ⁶ *Rossiiskaia Gazeta*, 32.06.1994; *Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii*, 1994 No.13 item 1447. Anayasa Mahkemesi Yasası'nın yarı resmî bir Şerhi için (on iki yazardan altısı Anayasa Mahkemesi yargıçıydı) bkz. N.V. Vitruk, L. V. Lazarev, B.S. Ebzeev (eds.), *Federal'nyi konstitutsionnyi zakon O Konstitutsionnom Sude Rossiiskoi Federatsii. Kommentarii*, Moskova, 1996. Bu çalışma, bundan böyle "Şerh" olarak anılacaktır. Ayrıca, B.S. Ebzeev tarafından bir başka Şerh de yayımlanmış bulunmaktadır (bu şerhe tarafından ulaşılamamıştır): *Kommentarii k postanovleniiam Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*, 2 vols., Moskova, 2000.
- ⁷ *Sobranie zakonodatel'stva Rossiiskoi Federatsii*, 2001 No.7 item 607 ve No.51 item 4824.

Bugünkü Mahkeme, faaliyetleri 7 Ekim 1993'te askıya alınmadan önce çalışmakta olan Rus Anayasa Mahkemesi'nin hukukî devamı olarak görülmelidir. Bunun sebebi, yalnızca Mahkeme'nin sıklıkla 1992-93 dönemindeki kararlarına atıf yapması değil, aynı zamanda 1995'de faaliyete geçen Mahkeme ile 1992-93 yılları arasında çalışan Mahkeme arasında personel yönünden de güçlü bir devamlılığın bulunmasıdır. Mahkeme, zaman zaman da SSCB Anayasal Denetim Komitesi kararlarına atıf yapmaktadır.⁸ Rusya Federasyonu'nun 89 federasyon unsurundan⁹ (federation subjects) bazıları da, kendi anayasa mahkemelerini (charter courts) kurmuş bulunmaktadır. Bunların işlev ve faaliyetlerinin incelenmesi ise, bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.¹⁰

⁸ 040292 sayılı Altgovzen kararı (*Vestnik Kontitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii* 1993 No.1), işçiler yönünden yaş ayrımcılığına ilişkin 040491 sayılı karara (*Vedomosti S'ezda narodnykh deputatov SSSR i Verkhovnogo Soveta SSSR* 1991 No.17 item 501) atıf yapıyordu. 250495 sayılı Sitalova kararı (*VKS* 1995 No.2/3, 32) ise, *Propiska* sistemi ile ilgili 111091 sayılı karara (*Ved. S. n. d. SSSR i VS SSSR* 1991 No.46 item 1307) atıf yapıyordu.

⁹ Bugünkü Rus devleti 89 üyeden oluşan bir federasyondur ve bu üyeler, "federasyon unsurları" olarak anılmaktadır. Bunlardan 21'i cumhuriyet (Rus etnik kökeninden olmayan ve kendine özgü etnik kökeni bulunan insanların yaşadığı yerler), 6'sı bölge (territory – coğrafi olarak ayrılmadık bir büyüklüğe sahip olup, seyrek bir nüfus yapısına sahip olan bölgeler), 49 tanesi, olağan yönetim bölgeleri olan vilayetler (province), Moskova ve St.Petersburg şehirleri, Yahudi özerk bölgesi ile 10 özerk bölgedir (autonomous district – küçük etnik gruplar tarafından oluşturulan ve bir bölge ya da il içerisinde bulunan yerler). Bugün, federasyon unsurlarının sayısını azaltmayı amaçlayan bir hareket de bulunmaktadır. Bu kapsamda, ilk olarak Perm' vilayeti ile Komi-Permiak özerk bölgesi, 1 Aralık 2005 tarihinden itibaren birleştirilecektir (*Rossiiskaia Gazeta*, 26 March 2005).

(Henüz) anayasal olarak tanınmamış olmakla birlikte, mevcut federasyon unsurları, idarî yönetim seviyesinde 2000 yılından başlayarak 7 federal bölge halinde gruplandırılmış bulunmaktadır. Bunlar: Merkez (Moskova), Kuzey Batı (St. Petersburg), Güney (Rostav-na-Donu), Volga (Nizhnii Novgorod), Ural (Ekaterinburg), Siberia (Novosibirsk) ve Uzak Doğudur (Khabarovsk).

¹⁰ Bu mahkemeler üzerine yapılmış çalışmalar için bkz. M.A. Mitiukov, *Konstitutsionnye i ustavnnye sudy sub"ektov Rossiiskoi Federatsii*, Moskova, 1999; V.A. Kriazhkov, *Konstitutsionnoe pravosudie v sub"ektakh Rossiiskoi Federatsii (pravovye osnovy i praktika)*, Moskova, 1999; V.K. Bobrova, V.V. Krovel'shchikova, M.A. Mitiukov, *Zakon ob ustavnom sude sub"ekta*

Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yayımlanması

Bir anayasa mahkemesinin hukukî ve siyasî sistem üzerindeki etkisinin incelenmesi, yalnızca böyle bir mahkemenin faaliyetleriyle ilgili temel yasal belgelerin incelenmesini değil, fakat aynı zamanda söz konusu mahkemenin kararlarının da incelenmesini gerektirir. Rusya'da, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 125. maddesinde belirtilen davaların esasına ilişkin tüm nihâi kararlarının resmen yayımlanması zorunludur (AMY madde 78).¹¹ Resmi yayınlarda ya da diğer kaynaklarda yayımlanan yüzlerce karar, Mahkeme'nin ve seleflerinin (SSCB ve Rusya Federasyonu "Komite"leri ile, 1994 öncesi Rus Anayasa Mahkemesi) günümüz Rusya'sının hukukî ve siyasî sisteminin şekillenmesinde oynadıkları rolün çok ayrıntılı bir resmini vermektedirler. Batılı okurlar için bu materyale ulaşmak (1991-

Rossiiskoi Federatsii: kakim on mozhët byt', Moskova, 2000; B. Gässner, *Zur Verfassungsgerichtsbarkeit in den Subjekten der Russischen Föderation unter besonderer Berücksichtigung der Normenhierarchie*, Berlin, 2004; O. Yushkova, G. Stolz, "Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in den Subjekten der Russischen Föderation im Vergleich zur Entwicklung der deutschen Landesverfassungsgerichtsbarkeit", 50 *Osteuropa Recht* (2004), 1-10.

¹¹ AMY'nin 78. maddesinde "Rusya Federasyonu devlet organlarının resmî yayınları..." hükmü yer almaktadır. Bu anlamdaki yayınların ilki, Resmî Gazete'dir (*Rossiiskaia Gazeta*). Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Kuryesi de bu yayınlardandır (*Vestnik Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*). Bu yayına, bundan böyle VKS kısaltması kullanılarak atıf yapılacaktır.

78. maddede sayılan kararlardan ilki; *postanovleniia* terimi ile anılan (ve van den Berg tarafından "kararlar" – rulings olarak İngilizceye çevrilen) kararlardır. Bunun yanında, *zakliucheniia* ("hükümler" – conclusions) terimi ile ifade edilen kararlar da (Başkan'ın suçlandırılması (impeachment) işlemiyle ilgili olarak) bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, tabii ki uygulamada, her zaman olmasa bile kural olarak daha az öneme sahip başka bazı kararlar da verebilmektedir (*opredeleniia*, bunlar van den Berg tarafından İngilizceye "decisions" olarak çevrilmiştir). Bu tür kararlar da çoğunlukla yayımlanmaktadır ve yayımlandıkları ölçüde van den Berg'in koleksiyonuna dahil edilmişlerdir. Fakat anlaşılana odur ki, bu kararların pek çoğu halen yayımlanmamış durumdadır. Bu durumun Rusya'da hukukun üstünlüğü ilkesi yönünden bir eksiklik yaratıp yaratmadığı da tartışmaya açıktır. Tüm kararların yayımlanması yönünde yapılan bir tartışma için bkz. W. Simons, "Russia's Constitutional Court and a Decade of Hard Cases: A Postscript", 28 *Rev. CEE Law* (2002-2003), 655-678.

2001 dönemi için), Mahkeme'nin ulaşılabilen tüm kararlarının İngilizce özetini hazırlamasına ek olarak, Rusya Federasyonu Anayasası'nı, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından yapılan geniş alıntılarla birlikte İngilizce'ye çeviren Dr. G.P van den Berg'in çalışmaları sayesinde mümkün olmuştur.¹²

Bugünkü Mahkeme

Siyaset ve hukuk sahnesindeki baş roller, genellikle başat ve kesin nitelikler taşıyan yasama ve yürütme iktidarlarının aralarında paylaştırılmış olduğu parlamento ve Başkanlık makamındaki kişiler tarafından oynanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin ise sahnede daha az görünmesi mümkündür; ancak Mahkeme, çeşitli yasama ve yürütme makamları arasındaki hakemlik rolüyle, hayati bir işlev görmektedir. Buna ek olarak, böyle bir mahkeme, tabii ki vatandaşların ve tüzel kişilerin temel anayasal haklarının savunulması ve korunması sorumluluğunu da üstlenmektedir. Her iki duruma ilişkin olarak da, anayasa mahkemesindeki atamaların (appointment) ve oluşumun (composition) büyük bir siyasî hassasiyet sorunu olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi ile ilgili diğer ana sorun ise; mahkemenin yetkileri sorunudur. Bu sorun, dört ana unsurdan oluşmaktadır:

- Ne tür işlemler için anayasa mahkemesine gidilebilir? (yargı yetkisi)
- Kimler mahkemeye başvurabilir? (ehliyet)
- Mahkeme ne tür kararlar verebilir?

¹² G.P. van den Berg, "Russia's Constitutional Court: A Decade of Legal Reforms; Part 1: Summaries of Judicial Rulings", 27 *Rev. CEE Law* (2001), 175-563, and G.P. van den Berg, "Russia's Constitutional Court: A Decade of Legal Reforms; Part 2: The Constitution of the Russian Federation Annotated", 28 *Rev. CEE Law* (2002/2003), 273-653.

Bu çalışmada Rus Anayasa Mahkemesi kararlarına yapılan atflarda van den Berg'in özetlerinin (kronolojik olarak düzenlenmiş olan) Birinci Bölümüne gönderme yapılmış ve kararın tarihi ile kısa adı verilmiştir.

– Mahkemenin kararları nasıl uygulanır? (uygulama)

Bu beş soruya Rus Anayasa Mahkemesi özelinde kısaca cevap aranacaktır.

Atama ve Oluşum

Anayasa Mahkemesi'nin 19 yargıcı (cf. Anayasa'nun 125. maddesi), Başkan'ın teklifi üzerine (madde 128 f. 1) Federasyon Konseyi tarafından atanmaktadır. Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda Başkan'a sayı bakımından büyük bir nüfuz elde etme imkânı tanımaktadır.¹³ Yargıçların atanmasıyla ilgili diğer detaylar ise, AMY'de düzenlenmiştir (madde 9). Bu maddeye göre, Federasyon Konseyi'nin ve Devlet Duması'nın bireysel üyelerine ek olarak, federasyon unsurları parlamentoları, diğer iki yüksek mahkeme, federal hukuk makamları,¹⁴ Tüm Rusya (yani ulusal) hukuk dernekleri¹⁵ ile hukuk fakülteleri ve enstitüleri de ("*akademik ve eğitim amaçlı hukuk kuruluşları*"), Başkan'a Anayasa Mahkemesi aday sunma hakkına sahip bulunmaktadır.

Federasyon Konseyi, yargıçları gizli oyla ve üye tam sayısının salt çoğunluğuyla birer birer atamaktadır. Yargıçların görev süresi 15 yıldır ve tekrar bu göreve atanabilirler (2001 değişikliklerinden önce görev süresi 12 yıldır; 1991 tarihli Yasa'da ise yargıçlar, ömür boyu göreve atanıyorlardı). Emeklilik yaşı bugün 70 olarak öngörülmektedir (daha önce 65 idi).

¹³ Bu çalışma kaleme alınırken, Başkan Putin'in anayasa reformu paketi henüz parlamentoda nihai olarak onaylanmamıştı. Bu reform paketinin kabul edilmesi halinde, Başkan'ın, yürütme organı seviyesinde 89 federasyon unsuru üzerindeki belirgin etkisi, ve bununla ilişkili olarak da Federasyon Konseyi'nin yarısının atanması üzerindeki ağırlığı artacaktır. Bu gerçek ile, Başkan'ın Anayasa Mahkemesi üyelerinin atanması konusunda Federasyon Konseyi'ne öneride bulunma yetkisi birleştirildiğinde, Başkan'ın, Mahkeme'nin oluşumundaki kontrolü elinde tutabileceği açıktır.

¹⁴ Şerh'in 64. sayfasında bu kurumlar; Adalet Bakanı, İçişleri Bakanı, Ulusal Güvenlik Servisi (FSB) ve Başsavcılık olarak gösterilmektedir.

¹⁵ Şerh'in 64. sayfasında bu dernekler; Avukatlar Birliği (Union of Advocates) ve Yargıçlar Konseyi (Congress of Judges) olarak sayılmaktadır.

Bir yargıç, yerine yenisi atanıncaya kadar, ve ayrıca da kendi katılımıyla başlanmış olan bir dava karara bağlanıncaya kadar görevine devam etmektedir.¹⁶

Anayasa Mahkemesi yargıçlarının görevi, açılan bir ceza soruşturması ya da sağlık sorunu nedeniyle askıya alınabileceği gibi (madde 17), tümüyle de sona erdirilebilir (madde 18). Bu maddede, yargıçların görevine son verilebilmesi için en az 12 neden sayılmış bulunmaktadır. Bu nedenlerden bazıları herhangi bir tartışmaya yer bırakmayacak kadar açık olmakla birlikte (kendi isteğiyle emeklilik ve ölüm gibi), diğer bazı nedenler (örneğin, 6. sırada sayılan neden) sorun doğurmaya aday görünmektedir. Gerçekten, değinilen bu neden: *"bir yargıçın onur ve vakarını gölgeleyen bir eylem"* olarak tanımlanmaktadır. Böyle bir durum gerçekleştiğinde, karar vermeye yetkili makam olan Federasyon Konseyi'ne gidilebilmesi için, bizzat Mahkeme'nin üçte iki çoğunlukla bir karar alması gerekmektedir. Diğer durumların çoğunda ise Mahkeme, bizzat kendisi karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi, birleşik kurul halinde (yani tüm üyelerinin katılımıyla) veya daireler halinde çalışabilir. Mahkeme, biri 10, diğeri 9 yargıçtan oluşan iki daireye ayrılmıştır. Dairelere üyelik, kur'a ile belirlenmekte ve her üç yılda bir değişmektedir. Mahkeme bünyesinde iki ayrı dairenin kurulması 1994'de getirilmiş bir yenilik olup, tamamen pratik bir arka plâna dayanmaktadır (cf. AMY madde 20). Büyük Daire, Mahkeme'nin yetkisi ile ilgili sorunları çözümlerin yanı sıra, AMY'nin 21. maddesinde sayılan belli bazı önemli sorunlar hakkında da karar vermeye yetkili tek organdır. Dairelerin yetkileri ise, AMY'nin 22. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin faaliyet gösterebilmesi için, üye tamsayısının en az dörtte üçünün görevde olması gerekmektedir.

¹⁶ Şerh'e göre (sayfa 66); AMY'nin toplantı yetersayıları ile ilgili getirdiği katı kurallar, bu yorumu zorunlu kılmaktadır. Buna ek olarak, değinilen bu iki koşulun da bir arada değerlendirilmesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, bu koşullar birbirlerinin alternatifi değildir.

dir. Bu oran ise, 15 yargıca karşılık gelmektedir (AMY madde 4). Değınilen bu koşul, Mahkeme'nin çalışabilmesi için aranan genel bir zorunluluk olup, "toplantı yetersayısı"ndan ayrı olarak düşünölmelidir. Bu manada Mahkeme'nin toplantı yeter sayısı; tüm üyelerinin katılımıyla yapılan birleşik oturumlar için üye tamsayısının üçte ikisi; Daireler'in oturumlarında ise, ilgili Daire'nin üye tamsayısının dörtte üçüdüdür (AMY madde 30).¹⁷

Yargı Yetkisi ve Mahkeme'ye Başvuru

Mahkeme'nin yargı yetkisinin, yani Mahkeme'ye ne tür işlemler için başvurulabileceğinin belirlenmesi, Anayasa'da bu işlemleri Mahkeme'ye götürmeye yetkili kılınan kişi ve makamlarla ilişkilendirilmek suretiyle düzenlenmiştir. Bu nedenle, bu iki sorunun birlikte ele alınması, daha uygun bir yöntem olacaktır.

Anayasa'nın 128. maddesinin 3. fıkrasının, Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerinin (polnomochiia) bir "federal anayasal yasa" (AMY) ile düzenleneceğini belirtmesine rağmen, Anayasa'nın 125. maddesi, Mahkeme'nin yargı yetkisinin kapsamının temel bir tanımını vermektedir. Bu hüküm uyarınca, Mahkeme'nin yetkilerini aşağıdaki gibi göstermek mümkündür:

1. Anayasaya uygunluk denetimi;
2. Devlet organları arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü;
3. Anayasa'nın yorumlanması;
4. Başkan'ın suçlandırılması (impeachment) prosedürünün denetim safhaları.

¹⁷ Şerh'e göre (sayfa 127), toplantı yeter sayısının hesaplanmasında, katılımcı yargıçların gerçek sayısı esas alınmalıdır. Ancak bu yöntem, gerçek anlamda uygulamaya dönük toplantı yetersayısını önemli ölçüde düşürmektedir. Eğer, örneğın Mahkeme, bütünü itibarıyla 17 üyeden oluşuyorsa (yani iki üyeliğın boş olduğu bir durum söz konusuysa), bir dairede 9 üyenin bulunması mümkün olacak demektir. Böyle bir durumda ise, iki üyenin daha hastalandığı varsayılırsa, toplantı yetersayısı 7 yargıç üzerinden hesaplanacaktır ki, bu da 5 yargıca denk gelmektedir.

1. Anayasa'ya Uygunluk Denetimi

Mahkeme'nin birincil ve asli yetkisi olan Anayasa'ya uygunluk denetimi, aşağıdaki alt dallara ayrılabilir:

1a. Kural işlemlerin Anayasa'ya uygunluğunun denetimi (van den Berg'in sözleriyle; "*soyut norm denetimi*").

1b. Somut bir olayda uygulanan (veya uygulanabilir) bir yasanın Anayasa'ya uygunluğunun denetimi. Alman Federal Anayasası'nın etkisi, bu noktada fark edilebilir bir düzeydedir.

Mahkeme'nin neleri denetleyebileceği AMY'de (86., 99. ve 104. maddelerde) daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre Mahkeme, (1a) kapsamında:

– federal kanunlar ile, Başkan'ın, Federasyon Konseyi'nin, Devlet Duması'nın ve hükümetin kural işlemlerinin;

– federasyon unsurlarının anayasalarının/şartlarının,¹⁸ yasalarının ve Rusya Federasyonu devlet iktidarını kullanan makamların yetkisi ile, bu makamlarla federasyon unsurlarının devlet iktidarını kullanan makamların ortak yetkilerine ilişkin olarak federasyon unsurlarınca kabul edilen diğer kural işlemlerinin;

– Rusya Federasyonu (devlet iktidarını kullanan organları) ile federasyon unsurları (devlet iktidarını kullanan organları) arasındaki antlaşmaların (compacts – dogovory) ve;

¹⁸ Rusya Federasyonu bünyesinde bulunan 21 (etnik) Cumhuriyet, kendi Anayasaları'na sahipken; bölgeler ve vilayetler gibi diğer 68 "federasyon unsuru"nun temel metinleri ise, "Şart" (*ustavy*) olarak anılmaktadır; aralarındaki temel farklılıkta, esas itibarıyla terminolojiktir. Benzer şekilde, Cumhuriyetler, farklı şekillerde isimlendirilen ve "yasa" (law – *zakony*) yapma yetkisiyle donatılmış olan "parlametolar"a ve "hükümetler"e sahipken; diğer federasyon unsurları ise (çoğunlukla vilayetler – *oblasti*), bünyelerinde "kural işlemler" yapma yetkisine sahip olan "temsili organlar" ile "yürütme organları" bulundurmaktadır. Bu noktada da aradaki farklılık pek büyük değildir ve bu yüzden, daha basit bir anlatıma ulaşabilmek amacıyla bu çalışmada "yasa", "parlamento" ve "hükümet" tabirleri kullanılacaktır.

– Rusya Federasyonu'nun (henüz) yürürlüğe girmemiş olan uluslararası antlaşmalarının Anayasa'ya uygunluğunu denetlemektedir.

Anayasa Mahkemesi, Perm' ve Vologda vilayetlerindeki seçimlerle ilgili olarak verdiği bir yorum kararında, "*soyut norm denetimi*"ne girişme konusundaki yetkisini, mutlak bir yetki olarak değerlendirmiştir (bu konuyla ilgili olarak çalışmanın devamına bkz.).

Yukarıda sayılan tüm durumlarda, dava konusu meseleyi Mahkeme önüne taşıma yetkisi ise, aşağıda belirtilen kişi ve organlara ait bulunmaktadır;

– Rusya Federasyonu Bakanı'na;

– Federasyon Konseyi'ne;

– Devlet Duması'na;

– Federasyon Konseyi'nin veya Duma'nın beşte biri tutarındaki üyesine;

– Rusya Federasyonu Hükümeti'ne;

– Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi'ne;

– Rusya Federasyonu Yüksek Tahkim Mahkemesi'ne;¹⁹

– Federasyon unsurlarının yasama ve yürütme iktidarını kullanan makamlarına (parlamentolar ve hükümetlere).

Anayasa'ya göre, Anayasa Mahkemesi'nin bir davayı kendiliğinden ele alma yetkisi bulunmadığı vurgulamakta da fayda vardır; bu bakımdan, Anayasa Mahkemesi ile diğer iki yüksek yargı organı arasında bir eşitsizlik vardır.

¹⁹ Normal hukuk ve ceza davaları, en tepede "Yüksek Mahkeme"nin bulunduğu genel mahkemelerce görülürken, miktar ve finansal açıdan büyük bir öneme sahip olan ekonomik davalar ise, en tepede "Yüksek Tahkim Mahkemesi"nin yer aldığı "tahkim" mahkemelerince karara bağlanmaktadır. Tüm sistem, Sovyet zamanlarından arta kalmadır.

Bu durum, anayasaya uygunluk denetimiyle ilgili ikinci kısma, yani somut olaylarda uygulanan kanunlarla ilgili kısma (1b) baktığımızda ise, daha da fark edilebilir bir hale gelmektedir. Anayasa, bu durumda Mahkeme'nin, bir yasanın (bu noktada Anayasa, diğer "kural işlemler"i dışında bırakan zakon (statute)²⁰ terimini kullanmaktadır) Anayasa'ya uygunluğunun denetimi konusundaki yetkisini, ancak somut bir davaya bakmakta olan bir mahkemenin, uygulamakta olduğu veya uygulayacağı bir yasa hakkında böyle bir istemde bulunması durumunda; veya söz konusu yasanın uygulanmasının (Anayasa'nın 2. bölümünde sayılan) anayasal hak ve özgürlüklerini ihlâl ettiğini veya edeceğini dile getiren bir vatandaşın başvurusu üzerine kullanabileceğini belirtmektedir. Bu sebeple, anılan düzenlemeye uyarınca, herhangi bir mahkemenin, bir yasa hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi, ilgili yasayı somut bir uyuşmazlıkta uyguluyor olması şartına bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin yargısal aktivizmini frenleme açısından düşünüldüğünde ise, bu sistemin, görüldüğü kadar da etkili olamayacağını belirtmek gerekmektedir. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğunu düşündüğünde duruma kendiliğinden müdahale edememektedir; ancak ciddi bir önem taşıyan durumlarda, şikayet başvurusu yapmaya gönüllü birilerinin bulunması da pek zor olmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının büyük bir bölümü, yasama faaliyetleri hakkındaki denetim yetkilerine ilişkin olarak verdiği kararlardan oluşmaktadır.

²⁰ Burada, bir kez daha, Rus Hukuku'nda yer alan bazı düzenleyici işlem türlerinin başka dillere aktarılmasındaki zorlukla karşı karşıya bulunmaktayız. Gerçekten, burada bahsi geçen zakon kelimesinin İngilizce'de tam bir karşılığı bulunmadığından, yazar, bu terimi metinde bazen statü (statute), bazen yasa (law), bazense statü hukuku/yazılı kanun (statue law) sözcükleriyle karşılamaya çalışmaktadır. Benzer bir zorluk, Türkçe için de söz konusudur. Bu sebeple biz de, metnin devamında, ağırlıklı olarak federatif bir nitelik taşıyan bu tür düzenleyici işlemleri ifade etmek için zakon tabirini kullanacağız. (ç.n.)

FERDINAND J. M.
FELDBRUGGE'UN
TEBLİĞİ

"*Soyut norm denetimi*", Anayasa Mahkemesi'nin münhasır bir yetki alanı olarak kabul edilmektedir (Soyut norm denetimi m. 125 yorumu, 160698).²¹ Mahkeme, diğer iki yüksek mahkemenin, kanunların ve özel olarak belirtilen diğer kural işlemlerin Anayasa'ya uygunluklarının denetlenmesi amacıyla bunları Anayasa Mahkemesi'ne göndermeye yetkili kılınmış olmalarından hareketle, bunların, bu sorunları kendi başlarına halletme yetkisinden mahrum bırakılmış olduklarını iddia etmektedir. Buna göre, somut bir davada, bir zakon'un Anayasa'ya uygunluğu sorunuyla karşılaşıldığında, dava mahkemesi, konuyu Anayasa Mahkemesi'ne gönderme yükümlülüğü altında bulunmaktadır. Somut bir davada, zakon haricindeki diğer kural işlemlerin Anayasa'ya uygunluğu sorunuyla karşılaşıldığında ise, konu, dava mahkemesinin kendisi tarafından karara bağlanacaktır (Perm' Vologda seçimleri kararı, 300497).

"*Soyut norm denetimi*"nin usulî ayrıntıları, AMY'nin IX. (uluslararası antlaşmalar hariç olmak üzere, Anayasa'nın 125. maddesinde sayılan kural işlemler -) ve X. (uluslararası antlaşmalar) bölümlerinde düzenlenmiştir. Bu iki kategorinin ayrı ayrı düzenlenmiş olmasının sebebi ise, yalnızca "*henüz yürürlüğe girmemiş*" uluslararası antlaşmaların Anayasa Mahkemesi'nce incelenebiliyor olmasıdır. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinin bu kısmı, Fransız Anayasa Konseyi'nin genel görev tarifine çok benzemektedir.

Rusya Federasyonu'nun taraf olduğu bir uluslararası antlaşma Rusya'da bir kez yürürlüğe girdikten sonra, bu antlaşmanın ulusal hukukla çatışan hükümleri, ulusal hukuka üstün tutulmaktadır (Anayasa madde 15, f. 4). Anayasa Mahkemesi, kendisini, bir federal yasanın uluslararası antlaşma hükümleriyle uyum içinde olup olmadığını denetleme konusunda yetkili görmemektedir; bu denetim, olağan mahkemelerin görevi içinde kalan bir husus olarak değerlendirilmektedir.²²

²¹ Aynı pozisyon, daha önce 300497 sayılı Perm' Vologda seçimleri kararında ve özellikle vilayetlerdeki şartlar ve kanunlarının Anayasa'ya uygunluğu meselesine ilişkin olarak alınmıştı (VKS 1997 No.4, 24).

²² Kambiyo senetleri (Bills of Exchange) kararı, 041297 (G.A. Gadzhiev,

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda (1b) başlığı altında sayılan görevlerine (somut davalardaki Anayasa'ya uygunluk denetimine) ilişkin olarak ise Mahkeme, (görevi olarak kabul ettiği) “uygulanabilir kanunun denetlenmesi” ile (kendisini yetkili görmediği) “kanunun uygulanmasının denetlenmesi” arasında kesin bir ayırım yapmaktadır; Volkov kararı, 1995.²³

Somut davalardaki Anayasa'ya uygunluk denetimi konusu, Anayasa'nın 125. maddesinin tek bir fıkrasında (4. fıkra) düzenlenmekle birlikte, değinilen bu iki kategori, paylaştıkları iki temel özellik dışında tamamıyla farklı niteliklere sahiptirler. Paylaşılan bu iki temel özellikten birincisi; 4. fıkranın, 125. maddenin içinde, Mahkeme'nin Anayasa'ya uygunluk denetimine “federal yasa tarafından gösterilen şekilde” girişeceğinin açıkça belirtildiği tek yer olmasıdır. Maddede göndermede bulunulan bu yasa ise, her şeyden önce Anayasa Mahkemesi Yasası (AMY)'dir ve 125. maddenin 4. fıkrası tarafından verilen bu hakkın gerçek kapsamı da, esas olarak yine AMY tarafından belirlenmektedir. İkinci ortak faktör ise, somut davalardaki Anayasa'ya uygunluk denetiminin, federal yargı yetkisinin bir parçası olan zakon ile sınırlandırılmış olmasıdır. Anayasal hakların, “kural işlemler” de dahil olmak üzere diğer işlemler tarafından ihlâl edildiği iddiasının ortaya atıldığı durumlarda ise yetki, olağan mahkemelere aittir. Aynı şekilde, zakon dışındaki “diğer kural işlemler” söz konusu olduğunda da, olağan mahkemeler Anayasa'ya uygunluk sorunuyla bizzat ilgileneceklerdir; zira bu durumda çözülmesi gereken sorun, basit bir normlar hiyerarşisi sorunundan ibarettir (Anayasa'da dahil olmak üzere zakon, daima daha alt düzeydeki normlar karşısında üstündür).

S.G. Pepeliaev, *Predprinimatel', nalogoplatel'shchik, gosudarstvo. Pravovye pozitsii Konstitutsionnogo Suda Rossiiskoi Federatsii*, Moskva, 1998, 497 de yayımlanmıştır)

²³ Bu karar yayımlanmamıştır. Ancak, söz konusu kararın nakledildiği bir çalışma için bkz. N.V. Vitruk, L.V. Lazarev, B.S. Ebzeev (eds.), *Federal'nyi konstitutsionnyi zakon "O Konstitutsionnom Sude Rossiiskoi Federatsii". Kommentarii*, Moskova, 1996, 202-203. Editörlerden Vitruk ve Ebzeev, o dönemde Mahkeme'de yargıç olarak görev yapmaktaydılar.

AMY'nin 96 - 100. maddeleri, vatandaşların, sahip oldukları anayasal hak ve özgürlüklerin ihlâline ilişkin olarak dile getirdikleri şikâyetlerin çözüme bağlanmasında izlenecek usulü düzenlemektedir.²⁴ Anayasa'da sadece "*vatandaşlar*" dan söz edilmesine rağmen, AMY'nin 96. maddesi, açıkça kolektif şikâyetlerin ve vatandaş örgütlerinden (citizens' associations) gelecek şikâyetlerin de yolunu açmaktadır. Maddede ayrıca, "*federal yasada gösterilen tüm diğer makam ve kişiler*" de bu gruba eklenmektedir. Şerh'e göre (s. 295) bu düzenleme, "*İnsan Hakları Elçisi*" (Plenipotenary for Human Rights) (Rus ombudsmanı, Anayasa madde 103) gibi görevlilerin de, gelecekte maddenin kapsamına dahil edilmesini mümkün kılmaktadır. Şerh, aynı yerde, "*vatandaşlar*" tabirinin yabancı vatandaşları da içerdiğini belirtmektedir, zira Anayasa'nın 62. maddesinin 3. fıkrası, yabancıların da vatandaşlarla aynı haklardan faydalanacağını belirtmekte ve bu konuda yabancılara özgü yasal düzenlemelerin yapılmasını yasaklamaktadır. Mahkemelerden, bakmakta oldukları davalarda uygulamakta oldukları *zakon*'ların Anayasa'ya uygunluğu konusunda hüküm verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen talepler hakkında izlenecek usul ise, AMY'nin 101 - 104. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 125. maddesinin 4. fıkrasının, olağan mahkemelere Anayasa Mahkemesi'nden belli bir yasanın (*zakon*) Anayasa'ya uygunluğu konusunda açıklama (clarification) isteme konusunda fazla bir yetki tanımadığını, fakat daha ziyade, Mahkeme'yi söz konusu yasayı yasal güçten yoksun bırakma yükümlülüğüyle karşı karşıya bıraktığını açıkça ifade etmiştir.²⁵

Mahkeme'nin bireysel bir davada verdiği hükümler, herkes için bağlayıcı sonuçlar doğurmaktadır; Kagirov kararı, 040399. Bu karar, Bashkortostan Cumhuriyeti'nin bir yasınının Anayasa'ya uygunluğu sorunuyla ilgili olmakla birlikte, Udmurt ve Komi Cumhuriyeti'ne ilişkin olan daha önceki iki karar da zikredilmişti.

²⁴ Cf. V.O. Luchin, O.N. Doronina, *Zhaloby grazhdan v Konstitutsionnyi Sud Rossiiskoi Federatsii*, Moskova, 1998.

²⁵ Soyut norm denetimi m. 125, 160698 (VKS 1998 No. 5, 51).

2. Yetki Uyuşmazlıklarının Çözümü

Anayasa, devlet organları arasındaki yetki uyuşmazlıklarının çözümü konusunu (Mahkeme'nin yukarıda değinilen 2. görev alanını), aşağıdaki şekilde üçe ayırmaktadır:

- Federal (merkezî) devlet organları arasındaki uyuşmazlıklar;
- Federal devlet organlarıyla federasyon unsurlarının devlet organları arasındaki uyuşmazlıklar ve;
- Federasyon unsurlarının merkezî devlet organları arasındaki uyuşmazlıklar.

Anayasa Mahkemesi'nin bu başlık altında sayılan görevleri, hükümetin anayasal sisteminin işleyişi açısından (ve yukarıda sayılan üç kategoriden özellikle ikincisi de; federal hükümet düzeyi ile bir alt hükümet düzeyi arasında uygun bir dengenin sağlanması açısından) hayati bir öneme sahiptir. Bu çalışma kapsamında, değinilen bu ikinci konuyu etraflıca açıklamaya kalkışmak çok büyük bir yer harcamayı gerektirecektir, zira bu durumda, iktidarın federal düzey ile federasyon unsurları arasındaki dağılımına ilişkin (Almanya'da yürürlükte bulunan sisteme hiç benzemeyen) karmaşık bir üçlü sistemin tartışılması gerekecektir: federal yetkiler, ortak yetkiler ve federasyon unsurlarının yetkileri.²⁶

Sayılan diğer iki kategori (merkezî federal devlet makamlarının kendi aralarındaki uyuşmazlıkları ile, federasyon unsurlarının devlet makamlarının kendi aralarındaki uyuşmazlıkları) ise, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarının oldukça

²⁶ Bu kategorideki iki önemli karar; Mahkeme'nin, ortak yetkilere ilişkin bir federal yasanın içeriğinin tek tarafı olarak belirlenmeye çalışılmasının çeşitli yetki çatışmalarına yol açabileceğini ifade ettiği 040297 sayılı Su kaynakları (Water Objects) kararı ile (Gadzhiiev, Pepeliaev, 483'te yayımlanmıştır – künye için dipnot 22'ye bakınız), yine Mahkeme'nin, bir şikayetçinin dava konusu işlemin Anayasa'ya aykırılığı ile yetki itirazını aynı anda ileri süremeyeceğine ilişkin 061197 sayılı Orman kuralları (Forest Code) kararıdır. (Gadzhiiev, Pepeliaev, 496'da yayımlanmıştır).

büyük bölümünü oluşturmaktadır. Ne var ki, bu konunun tartışılması da, Rus idare hukukunun çok derinlerine inmeyi gerektirmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen yetki uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacak özel usul kuralları, AMY'nin 92 - 95. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

3. Anayasa'nın Yorumlanması

Anayasa'nın 125. maddesinin 5. fıkrasına göre Anayasa Mahkemesi, Başkan'ın, Federasyon Konseyi'nin, Devlet Duması'nın, Rusya Federasyonu Hükümeti'nin veya herhangi bir federal unsurun yasama organının (parlamentonun) istemi üzerine, Anayasa'yı yorumlama işlevini yerine getirmektedir.

Mahkeme'den Anayasa'nun yorumlanmasına ilişkin böyle bir talepte bulunmaya yetkili olanları belirten bu liste, "*soyut norm denetimi*"ne başvurmaya yetkili olanların listesinden daha kısadır (madde 125/2). Söz konusu iki yöntem, elbette ki birbirleriyle fazlasıyla ilişkilidir; zira bir kural işlemin Anayasa'yı ihlâl ettiğini söyleyen bir karar, mantıksal olarak, anayasal yoruma konu olabilecek belli bir Anayasa hükmünün, zaten belli bir şekilde anlaşılıyor olmasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, her iki usulün odak noktaları birbirinden farklıdır; birinde mesele bir kural işlemin Anayasa'ya uygunluğu meselesiyken; diğerindeyse sorun, Anayasa'nın belli bir hükmünün nasıl anlaşılması gerektiğidir. Anayasa Mahkemesi, bu farkı 040399 sayılı Başsavcılık (Procurator General) Kararı'nda açıkça ortaya koymaya çalışmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kendisini Anayasa'yı yorumlamaya tek yetkili organ olarak görmektedir.²⁷

AMY, bu konuyla ilgili olarak herhangi bir özel usul kuralı öngörmemektedir; AMY'nin, Anayasa'nun yorumlanmasıyla ilgili başvurular üzerine yapılacak işlemleri düzenleyen iki

²⁷ Perm' Vologda seçimleri kararı, 300497 (VKS 1997 No.4, 55)

maddesinden 105. madde, sadece Anayasa'nın 125. maddesini tekrarlamaktadır; 126. madde ise, Anayasa Mahkemesi'nin verdiği yorum kararlarının resmî nitelik taşıyacağını ve herkes için bağlayıcı nitelikte olacağını belirtmektedir. Gerçekten, Şerh'te de açıklandığı üzere bu yorumlar, bir kez verildikten sonra Anayasa'nın bir parçası haline almaktadırlar.

Mahkeme, yorum yöntemini seçerken oldukça esnek davranmaktadır. 190592 sayılı Başkent Moskova kararında Mahkeme, Anayasa'yı hazırlayanların aklında varolduğunu varsaydığı şeylere gönderme yapmıştır.²⁸ Anayasa'nın "salt çoğunluğu" düzenleyen 103. maddesinin yorum kararında (120495) ise Mahkeme, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde geçen "milletvekillerinin/üyelerin toplam sayısı" ifadesini, gerçekte varolan (ve hemen daima, torik üst sınırın altında kalan) milletvekillerinin/üyelerin sayısı olarak değil, ama Federal Meclis'in her iki kanadındaki milletvekillerinin/üyelerinin kendi (teorik) toplam sayısı olarak yorumlamıştır (Federasyon Konseyi için 178 ve Devlet Duması için 450). Mahkeme, bu kararını, esas olarak "genel demokrasi teorisi" üzerine inşa etmiştir.

Bunun yanı sıra, AMY'nin 74. maddesi de, yorum yöntemlerine ilişkin olarak çeşitli yol gösterici talimatlar içermektedir. Maddede, Mahkeme'den, yalnızca incelenen işlemin deyimisel yorumuyla yetinilmemesi; buna ek olarak, resmî yorumlarla [diğer mahkemelerin yorumları]²⁹ diğer yorumların ve metnin

²⁸ Bu karar, 1991 yılında yürürlükte olan Rusya Federasyonu Anayasası'nı, birbirini izleyen çok sayıdaki anayasa değişikliğinin toplamı olarak niteleyen son derece karmaşık bir değerlendirmeyi içermekteydi. Bu kararda yer alan dikkat çekici bir diğer husus da, kararın, Rus hukukunun doğuştan gelen bir problemine parmak basmasıydı: Rus dilinde "belirli tanınırlık eki" (İngilizce'deki "the" karşılığı) bulunmaması sebebiyle, Rusya Federasyonu Anayasası, belli sorunların *zakon* tarafından düzenleneceğini belirttiğinde; bu ifadenin "tek ve belli bir yasayı" mı, yoksa "yasaları" mı ifade ettiği tartışma konusu olmaktaydı. Mahkeme'nin önüne gelen olayda ise, dava konusu meselenin birden fazla yasanın kapsamına giriyor olmasına karşılık, Mahkeme, anayasa koyucunun aslında tek bir yasa çıkarılmasını arzulamış olduğu sonucuna varmıştı.

²⁹ Şerh (s. 233) bu konuda özellikle Yüksek Mahkeme'nin ve Yüksek Tahkim Mahkemesi'nin yayımlamaya yetkili olduğu "yol gösterici açıklamalara" a (*rukovodiashchie raz'iasneniia*) gönderme yapmaktadır.

uygulama içinde kazandığı anlamın da dikkate alınması talep edilmektedir. Madde, bunlara ek olarak, işlemin hukuk sistemi içindeki yerinin de dikkate alınmasını istemektedir.

Anayasa'nun yorumuyla ilgili problemler, Mahkeme'nin en önemli görevleri arasında görülmektedir ve bu sebeple de Mahkeme, bu konudaki kararlarını, tüm üyelerinin katılımıyla yapacağı birleşik toplantılarda ve üçte iki çoğunlukla vermektedir (AMY. madde 72).

4. Başkan'ın Suçlandırılması (Impeachment)

Anayasa'nun 125. maddesinin 7. fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi, Başkan'ın suçlandırılması sürecine, denetim işlevi bakımından dahil edilmiş bulunmaktadır. Parlamento ile Başkan arasında 1993 yılında yaşanan ve Başkan'ın zaferiyle noktalanan mücadelenin ardından, Rusya Federasyonu'nun yeni Anayasası, bir suçlandırma girişiminin başarıya ulaşmasını çok daha güç koşullara bağlamıştır. Konu, şimdi Anayasa'nun 123. maddesinde düzenlenmektedir ve Başkan'ın doğal destekçisi olan Devlet Duması, soruşturmayı yürütecek kurul olarak saptarınmıştır. Federasyon Konseyi'nin Başkan'ı görevden alabilmesi için, Başkan'ın ciddi bir suçtan ötürü suçlu olduğunun Anayasa Mahkemesi tarafından onaylanması gerekmektedir. Federasyon Konseyi'nin, bu görevden alma işlemini gerçekleştirebilmek için, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin tüm usulî gerekliliklere uygun davranıldığını belirten bir kararına da gereksinimi vardır. Suçlandırma kararı alabilmek için nitelikli çoğunluklara gereksimin duyulduğu ve Başkan'ın, Federasyon Konseyi içinde hemen daima kendisine yandaş bir çoğunluğa sahip olacağı düşünüldüğünde, bir suçlandırma girişiminin sonuca ulaşabilmesi, neredeyse imkânsız hale gelmektedir.

AMY'nin 107-110. maddeleri, Anayasa Mahkemesi'nin Başkan'ın suçlandırılması usulüne ne şekilde dahil olacağını düzenlemektedir. Bu maddelerden de açıkça görülmektedir ki, Mahkeme'nin suçlandırma konusunda karar alabilmesi için, tüm üyelerinin katılımıyla toplanması gerekmektedir (AMY m.21)

Yargılama Usulü

AMY'nin hatırı sayılır bir bölümü (V - VII. Bölümler, m. 36 - 83 arası), Anayasa Mahkemesi'nde görülen davalarda uygulanan usule ayrılmış bulunmaktadır. Burada düzenlenen usulle, olağan mahkemelerde uygulanan adli, cezaî veya idarî usuller arasında birkaç yönden ciddi farklılıklar bulunmaktadır. Değinilen bu sonuncularda, hasmane boyutlar, genel olarak hakim durumdadır; mahkeme ya bir özel hukuk davasının farklı taraflarıyla, ya bir savcı ve sarıkla, ya da idarî bir organ ve haksızlığa uğramış bir tarafla karşı karşıyadır. Anayasa Mahkemesi'nde görülen davalarda ise, sıklıkla tek bir gerçek taraf bulunmaktadır; diğer taraf ise, yalnızca soyut olarak (Anayasa'ya aykırı olduğu iddia edilen kural işlemin sahibi olan yasama organu) temsil edilmektedir. Pek çok hukuk sisteminde, bu gibi durumlarda devleti temsil etmekle görevli Savcı benzeri bir görevli atanmaktadır; ancak Rus hukuk sistemi, böyle bir olasılığı yaşama geçirmeyi tercih etmemiştir.

Bir diğer farklılık da, Anayasa Mahkemesi'nde görülen davalar açısından temyiz veya diğer kanun yollarının bulunmayışıdır (ancak, bkz. dipnot 34, Dudnik kararı).

Fakat, belki de Anayasa Mahkemesi'ni diğer tüm yargı organlarından ayıran en önemli özellik, onun yasama işlevine benzer (quasi-legislative) bir işleve sahip olmasıdır. Mahkeme, AMY tasarısının görüşülmesi sırasında Devlet Duması'nda da belirtildiği üzere, en azından negatif bir yasama işlevine (negative legislation) sahiptir; zira Mahkeme, Federal Meclis tarafından kabul edilen ve Başkan'ın imzasıyla yasa haline gelen bir metni hukuk dünyasından atmak gibi benzersiz bir güce sahiptir. Buna ek olarak, Mahkeme'nin kararları, aynı zamanda "hukuk yaratıcı" bir etkiye de sahiptir. Bu durum, kendi başına dikkate değer bir şey gibi görünmeyebilir, zira aynı etkinin, diğer iki yüksek mahkemenin kararlarında da var olduğunun söylenmesi mümkündür.³⁰ Fakat Yüksek Mahkeme ve Yüksek

³⁰ Cf. P. Maggs, "Judicial Precedent Emerges at the Supreme Court of the Russian Federation", 9 *Journal of East European Law* (2002), 479-500.

Tahkim Mahkemesi'nin "*içtihat hukuku*", diğer tedvin edilmiş (codified) hukuk sistemlerindeki yüksek mahkemelerin kararlarına benzer bir konuma sahipken, Rusya Anayasa Mahkemesi, çok daha geniş yetkilere sahiptir. Gerçekten de Mahkeme, aşağı yukarı nasıl bir yasa yapılması gerektiğini tarif ederek, olağan yasama organını kasıtlı olarak belli bir doğrultuda yönlendirebilmektedir (aşağıya bakınız). Bütün bu sebeplerle, özel olarak Anayasa Mahkemesi için dizayn edilmiş bir usule ihtiyaç duyulmuştur. Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin görevleri de, kendi içinde büyük farklılıklar göstermektedir. Bu durum, AMY'nin, ilk önce bir takım genel usul kuralları vazeden, daha sonra da, Mahkeme'ye Anayasa'nın 125. maddesinde verilmiş çeşitli görevlere ilişkin usul kurallarını ayrı ayrı düzenleyen yapısına vücut vermiştir.

Mahkeme'nin Kararları ve Kararların İcrası

AMY'nin VIII. Bölümü (71 - 83. maddeler arası) Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlara ayrılmış bulunmaktadır. Aynı bölümde, Anayasa Mahkemesi kararlarının uygulanması veya icrasının da düzenlemiş olması sebebiyledir ki, iki konu, burada bir arada ele alınacaktır.

VII. Bölüm ve özellikle 79. ve 80. maddeler, 2001 yılında gerçekleştirilen ve aşağıda da tartışılacak olan değişikliğin en önemli ayağını oluşturmuşlardır.

Anayasa Mahkemesi'nde kararlar, yukarıda tartışılan resmî anayasal yorum hali hariç olmak üzere, basit çoğunlukla alınmaktadır.³¹ Mahkeme'de görev yapan yargıçların sayısı sık sık çift sayılara denk geldiğinden, kolaylıkla "*oylarda eşitlik*" durumuyla karşılaşılabilir. Böyle bir durumda, eğer görülmekte olan dava, bir kural işleminin³² Anayasa'ya uygunlu-

³¹ Başkan'ın suçlandırılması kararının alınabilmesi için herhangi bir özel çoğunluk aranmamaktadır. Anayasa Mahkemesi, bu davalara oldukça geç bir aşamada, Devlet Duması'ndaki ve Yüksek Mahkeme'deki aşılması güç engellerin artık aşılmış olduğu bir anda dahil olmakta ve buna ek olarak Mahkeme, yalnızca usule uygunluk denetimi yapmaktadır.

³² veya antlaşmaların (devlet organları arasındaki antlaşmalar - compacts) ve uluslararası antlaşmaların.

ğuyla ilgiliyse, denetime konu olan normun Anayasa'ya uygun olduğu kabul edilmektedir. Yargı yetkisine ilişkin sorunların çözümü içinse, daima çoğunluk kararı aranmaktadır.³³ Yargıçların çekimser oy kullanma hakkı yoktur. (Değerilen bütün bu sorunlar için bkz. AMY madde 72.)

AMY'nin 73. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin işleyişinde kilit bir kavrama karşılık gelen "*hukukî pozisyon*" (pravovaia pozitsiia) terimine değinmektedir. Bu hükme göre, eğer dava dairelerinden birindeki çoğunluk görüşü, belli bir konuya ilişkin olarak Mahkeme'nin daha önceden benimsemiş olduğu bir hukukî pozisyonla uyuşmayan bir yöne doğru kayma eğilimi gösterirse, dava, tüm yargıçların katılımıyla yapılacak olan oturuma havale edilmektedir.

Mahkeme'nin, 73. maddenin yazımından çıkardığı sonuçlardan biri de, böyle bir durumda, daha önceden oluşturulmuş bulunan hukukî pozisyonun değiştirilmesinin mümkün olduğudur.³⁴

Bir hukukî pozisyon, Anayasa'nun bir maddesinin yorumlanış biçimine veya Anayasa Mahkemesi'ndeki bir davada incelenmekte olan diğer kural işlemlerin içeriğine ilişkin olabilir.³⁵ Bu gibi hukukî pozisyonlar, Anayasa Mahkemesi'nin de defalarca işaret ettiği gibi, AMY'nin 6. maddesi ışığında, herkes açısından bağlayıcı özellik taşımaktadır.³⁶ Mahkeme, normal olarak, daha önceden vermiş olduğu emsal kararlarını izleyecek ve geçmiş hukukî pozisyonlarına bağlı kalacaktır.³⁷

Madde 76, hükmün tamamına veya bir kısmına ilişkin olarak "*karşı oy*" kullanılmasına imkân tanımaktadır. Bu gibi görüşler de, hükmün kendisiyle birlikte yayımlanmaktadırlar.

³³ Şerh, oylarda eşitlik durumunda, genel bir kural olarak davanın tekrar incelemeye ve tartışmaya açılmasını önermektedir (s. 227).

³⁴ Dudnik kararı, 130100 (VKS 2000 No.2, 44)

³⁵ Şerh, s. 229.

³⁶ E.g. 071097 sayılı Karatuzskoe Mahkeme Açıklaması (clarification) (VKS 1997 No. 5, 44).

³⁷ Cf. 0412297 sayılı Avukat Kezerove kararı (VKS 1998 No.1, 49).

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına karşı işletilebilecek bir temyiz mekanizması yoktur (AMY, madde 79), fakat, yukarıda da değinilen Dudnik kararının gösterdiği üzere, ısrarlı bir şikayetçinin, Mahkeme'yi, söz konusu mesele hakkındaki pozisyonunu değiştirmeye ikna etmesi mümkündür.

Mahkeme, belli bir kural işlemin veya onun belli hükümlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu sonucunda vardığı anda, söz konusu hükümler derhal geçerliliklerini kaybetmektedirler (AMY, madde 79). Dahası, aynı hükmün öngördüğü üzere, Mahkeme'nin kararlarının geçerlilik kazanabilmesi için, başka hiçbir makamın onaylamasına ihtiyaç bulunmamaktadır (Ancak, aşağıda da tartışılacağı üzere, bu kuralın fiiliyatta yaşama geçirilmesi, söylendiği kadar da kolay olmamaktadır).

Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu ifade edilen bir uluslararası antlaşmanın onaylanması (ki, yukarıda da belirtildiği üzere, uluslararası antlaşmaların Mahkeme tarafından denetlenmesi, ancak bunların yürürlüğe girmesinden önceki aşamada söz konusudur) mümkün değildir; ancak söz konusu antlaşma, kararın verildiği tarih itibarıyla zaten onaylanmış bulunmaktaysa, hükümet, durumu düzeltmek için, antlaşmayı yeniden müzakere etmek veya antlaşmadan çekilmek de dahil olmak üzere gereken her türlü tedbiri almak zorundadır.³⁸

Bunun yanı sıra, 79. madde, mahkemeler ve diğer resmî organlar tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu saptanan bir işleme dayanarak verilmiş olan bütün kararların icrasının durdurulacağını ve bu kararların, kanunun öngördüğü şekilde yeniden ele alınacağını düzenlenmektedir.

79. madde, ayrıca, Mahkeme tarafından Anayasa'ya aykırı olduğuna işaret edilen bir işlemin yeniden yasalaştırılmasını da özellikle yasaklamaktadır. Ne var ki Şerh, bu durum için öngörülen yaptırımın yeterli olmadığını belirtmektedir (s. 247); zira Mahkeme, çıkarılan bu yeni işlemin Anayasa'ya aykırı

³⁸ Şerh, s. 248.

olduğunu söyleyebilmek için re'sen harekete geçme imkânına sahip olmamakta ve bu konuda, kendisine tekrar bir şikayette bulunulmasını beklemek zorunda bulunmaktadır.

Mahkeme'nin yeni bir hukukî pozisyon içeren kararlarının etkisi, çıkarılan yeni kanunların etkisine çok benzerdir. Dolayısıyla, bu tip kararların da çeşitli "geçiş dönemi problemleri" doğurması mümkündür. Bu durumlarda Mahkeme, tümüyle kapsayıcı bir geçmişe yürürlük uygulamasının arzulanmayan sonuçlarından kaçınabilmek amacıyla, büyük bir dikkatle hareket etmektedir. Mahkeme'ye bu konudaki esnekliğini sağlayan temel dayanak noktası ise, AMY'nin özlü orijinal metninde yer alan ve Mahkeme'nin verdiği kararların, "kararda aksi gösterilmediği sürece", hükmün veya gerekçeli kararın yayımlanmasıyla birlikte bağlayıcılık kazanacağını düzenleyen 80. maddesi hükmüdür. Mahkeme, bu hükmü, kararda öngörülen sürelerle çeşitli koşullar eklemek amacıyla oldukça yaratıcı bir biçimde kullanmaktadır. Örneğin, 180297 sayılı Alkol Lisansı Ücreti kararında Mahkeme, hükümetin alkol lisansı ücretleri hakkında çıkardığı kararnamenin Anayasa'ya aykırı olduğuna hükmederken, devlet bütçesinin bir parçası olan bu ücretlerin bir anda iptalinin, Anayasa'da öngörülen başka bazı hak ve özgürlüklerin ihlâlüne de yol açabileceğinden bahisle, durumu düzeltmek için hükümete altı aylık bir süre tanımıştır.

Mahkeme'nin bu gibi sorunları ele alış biçimi, bazı çevrelerde yargısal aktivizm olarak algılanmış ve Mahkeme'nin yetkilerinin kapsamı hakkında hararetli bir tartışma başlamıştır.³⁹ Minimalist bakış açısına göre Mahkeme, sadece Anayasa'ya uygunluk sorunu hakkındaki görüşünü bildirmeli, ancak meseleyi çözmek için gereken adımları atma görevi, yetkili organlara (Başkan, hükümet, Duma, yerel yönetimler vs.) ait olmalıdır. Aksi görüşü savunanlar ise bu yaklaşıma şiddetle karşı çıkmakta ve böyle bir anlayışın, Mahkeme'yi neredeyse bir danışma organı seviyesine düşüreceğini savunmaktadır.

³⁹ Bu tartışma hakkında daha geniş bilgi için bkz. A. Trochev, "Implementing Russian Constitutional Court Decisions", 11 *East European Constitutional Review* (2002), 95-104.

Ayrıca, yasal ve idarî süreçlerin ağır işleyişi ve etkinlik sorunları göz önüne alındığında, böyle bir çözüm tarzının, Anayasa Mahkemesi kararlarının pratikteki önemini azaltabileceği de açıktır. Diğer taraftan, Mahkeme'nin, federal veya daha alt düzeydeki yasama faaliyetlerinin ayrıntılı yapılanması karşısında tamamen özgür bir girişim yetkisiyle donatılması konusunda da anlaşılır bir tereddüt mevcuttur.

Bu konuda yaşanan sert siyasi mücadelelerin ardından, büyük ölçüde Mahkeme'nin yararına olan bir çözüm tarzı benimsenmiştir. Bu çözüm, 79. maddenin 4. fıkrasının yeni ve oldukça genişletilmiş bir biçimde yeniden kaleme alınmasından ve son derece kısa bir madde olan 80. maddenin olağanüstü uzun yeni bir maddeyle değiştirilmesinden oluşmaktadır.

Bu yeni düzenlemenin esası, genel olarak, 79. maddenin, Anayasa'ya kısmen veya tamamen aykırı bulunan bir kural işlemi yapan makamın veya görevlinin "*yeni bir kural işlem ihdas etmeyi düşüneceğini*" belirten yeni 4. fıkrasıdır. Bu yeni işlem, Anayasa'ya aykırı bulunan işlemin (veya bu işlemin Anayasa'ya aykırı bulunan kısımlarının) ortadan kaldırılmasına yönelik hükümler içermelidir. 4. fıkranın son cümlesi de, bu durumda uygulanacak olan yaptırımı düzenlemektedir: "*Yeni işlem yapılınca kadar, Rusya Federasyonu Anayasası'nın hükümleri doğrudan uygulanır*".

Böyle radikal bir çözümün fiiliyatta da işleyip işlemeyeceği ise, halen cevaplanmamış bir sorudur. Bu çözüm tarzının yaşama geçirilmesi, konuyla ilgili otoritelerin, Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu pozisyona göre yeni yaklaşımlar icat etmesini gerektirmektedir.

Daha sonra izlenecek usul ise, 80. maddede ayrıntılı olarak düzenlenmektedir. Madde, Anayasa'ya kısmen veya tamamen aykırı bulunan işlemlere ilişkin olarak yapılması gerekenleri, bunları yapmakla görevli organlara göre beş farklı olasılığı dikkate alarak ayrı ayrı düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre; (1) Eğer (Anayasa Mahkemesi'nin vereceği bir iptal kararı sonrasında) yeni bir Federal yasa (zakon) çıkarılması veya bir

zakon'da değişiklik yapılması gerekiyorsa, hükümetin üç ay içinde Devlet Duması'na bir tasarı sunması ve Duma'nın da bu tasarımı gecikmeksizin görüşmesi gerekmektedir.⁴⁰ (2) Eğer değiştirilmesi gereken şey, bir başkanlık kararnamesi veya hükümet kararnamesi ise, Başkan'ın veya hükümetin önünde, her biri için kullanılabilir iki aylık bir süre bulunmaktadır. (3) Yapılması gereken düzeltmelerin, bir federasyon unsurunun anayasası (şartı) veya zakon'u ile ilgili olduğu durumlarda, gerekli makamların, iki ay içinde ilgili federasyon unsurunun yasama organının önüne bir öneri götürmesi gerekmektedir. Eğer gerekli düzeltme altı ay içinde gerçekleştirilmezse, federal yetkililer, federasyon unsurunun konuyla ilgili kusuru görülen yetkililerini görevden almak için öngörülen prosedürü başlatabilirler. (4) Davanın, bir federasyon unsurunun yürütme organının Anayasa'ya aykırı kural işlemlerinden kaynaklanması durumunda da aynı süreç işletilmektedir; ancak aradaki tek fark, sürenin, "iki ay" gibi daha kısa bir süre olarak belirlenmiş olmasıdır. (5) Son olarak, federasyon makamlarıyla bir federasyon unsurunun makamları arasında, veya çeşitli federasyon unsurlarının makamları arasındaki bir antlaşmanın (kısmen veya tamamen) Anayasa'ya aykırı bulunması durumunda da, söz konusu antlaşmanın iki ay içinde iptal edilmesi veya düzeltilmesi gerekmektedir.

AMY'nin 83. maddesi, alışılmadık bir usulü düzenlemektedir: Anayasa Mahkemesi'nden bir istemde bulunmaya yetkili kılınan organların her birinin, ve ayrıca kararın yöneldiği kişi ve organların, Mahkeme'ye başvurarak, verilen bir kararın açıklanmasını talep etmeleri de mümkündür. Şerh'e göre Mahkeme, bu durumda bir açıklama yapmayı reddedebilmektedir (s. 256). *Voronezh advocates* kararında (201101) Mahkeme, yapılan yeni bir işlemin Mahkeme'nin daha önceki bir kararına uygun olup olmadığı hakkında istenen bir açıklamaya cevap vermeyi reddetmiştir.

⁴⁰ *vo vneocherednom poriadke*, yani, söz konu tasarı, önündeki kuyruğu atlayacak ve en başa geçecektir.

Değerlendirme

Çalışmanın başında, Anayasa Mahkemesi'nin üstlendiği geleneksel çifte role; yani bir ulus-devletteki en yüksek hakemlik rolüne ve anayasal hak ve özgürlüklerinin ihlâl edildiğine inanan vatandaşların "son çare" olarak başvuracağı makam rolüne (ombudsmanlık rolüne) işaret edilmişti. Bu fonksiyonların gerektiği şekilde yerine getirilmesi, yalnızca siyasî egemenliğin seçmenlerin çoğunluk iradesine göre belirlendiği bir sistemden ibaret sayılamayacak olan demokrasinin ilerlemesine de önemli katkılar yapacaktır. Gerçekten, bu tarz bir meşruiyet dayanağından yoksun bulunan bir hükümetin, demokratik olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir; zira kazanılan bir seçim zaferi, yalnızca toplumsal yaşamın demokratik organizasyonu için gereken bir ön şart niteliği taşımaktadır. Demokrasi için gerçekten de ihtiyaç duyulan asıl şey ise; hukuk devleti (başka bir deyimle, Rechtsstaat) ve birey haklarına saygıdır. Bu manada, Anayasa Mahkemesi'nin üstlendiği ikiz rolün önemi, gün gibi ortadadır.

Mahkeme'nin üstlendiği bu iki rol, birbiriyle bağlantılı bulunmaktadır; zira vatandaşların anayasal haklarının ihlâliyle ilgili olarak dile getirdikleri haklı şikâyetlerin tazmini, normal olarak, kamu makamlarının Anayasa'ya aykırı eylemlerinin düzeltilmesini, ve onların, devletin gerektiği gibi işlemesi amacıyla konulmuş olan kurallara saygı göstermeye zorlanmasını içermektedir. Rusya gibi federal devletlerdeki Anayasa Mahkemeleri ise, daha önce de işaret edildiği üzere, Rechtsstaat'ı ayakta tutma sürecinde Anayasa'ya uygunluk gereksinimini birbirinden iki farklı alanda güvence altına almaktadır: Mahkeme, bir yandan devletin en üst organları arasındaki anayasal dengeyi muhafaza etmekle görevli bulunmakta; diğer yandan da, federal devlet ile kurucu unsurların sahip olduğu yetkiler arasındaki sınırı gözetme ve koruma işlevini sürdürmektedir. Ancak, Rusya'da bu iki alan bir kez daha birbirine bağlanmaktadır, zira (Rusya'daki isimlendirmesiyle) "federasyon unsurları", Başkan ve Parlamento arasında sürüp giden üstünlük mücadelesinin sonuçlarına kayıtsız kalmamakta ve özellikle

Federasyon Konseyi aracılığıyla, söz konusu kavgaya müdahale etmek için çeşitli yöntemlere sahip bulunmaktadırlar.

Anayasa Mahkemesi'nin birinci görevinin (yani hakemlik rolünün, *Rechtstaat*'n desteklenmesi fonksiyonunun ve merkezi devlet organlarının kendi aralarındaki ve federal organlarla federal unsurlar arasındaki dengenin sürdürülmesi rolünün) kaçınılmaz siyasi boyutları bulunmaktadır. Mahkeme'nin söylemlerinin, Anayasa metni tarafından çizilen sınırlar içinde kalması gerekmele birlikte, Anayasa'yı yorumlama konusundaki resmî görevi, onu, Anayasa'nın gerçekten de ne söylediği konusunda bir eş-karar organı (co-determinat) konumuna getirmektedir. Gerçekten de Anayasa'nın yorumlanması, her şeyden önce, Anayasa'nın ne söylemesi gerektiğini anlamayı gerektirmektedir; zira yukarıda da tartışıldığı üzere, yalnızca bir metinden ibaret olan Anayasa, kullanılan sözcüklerin altında yatan ve tarafsız bir sorgulama neticesinde açığa çıkarılabilecek olan gizli tek bir (objektif) anlam içermemektedir. Bu durum ise, Anayasa Mahkemesi yargıçlarının seçimini hayati bir mesele haline dönüştürmektedir. Anayasa Mahkemesi yargıçlığına atanabilmek için gereken yüksek meslekî nitelikler AMY'nin 8. maddesinde sayılmış olup, yeterli görünmektedirler. Ancak unutulmaması gerekir ki bu nitelikler, yargıçların seçiminde yalnızca bir "*ilk basamak*" işlevi görmektedir. Başta Başkan olmak üzere, aday gösterme sürecine dahil olan herkes, adayların siyasi görüşlerini araştırmaya çok daha fazla ilgi duyacaklardır.

Anayasa Mahkemesi'nin "*kişiselleştirilmesi*", karşı oy kullanmanın kabul edilmesi ve bunların yayımlanmaya başlamasıyla birlikte güçlü bir artış eğilimi göstermiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarının ezici bir çoğunluğunun bu tip karşı oylar olmaksızın veriliyor olmasına rağmen, özellikle Vitruk ve Kononov gibi bazı Yargıçlar, "*değişik gerekçeleri*" ve karşı oylarıyla öne çıkmaktadırlar.⁴¹ Kimi yargıçlar ise, özellikle

⁴¹ van den Berg'in 1992-2001 yılları arası dönemi kapsayan yayınında, Kononov'un bu nitelikteki 24 ve Vitruk'un 23 kararını saydım; bunların hemen ardından gelenler ise; Morshchakova (13), Luchin ile Amestistov (her biri 9'ar) ve Ebzeev (8) olarak sıralanıyor.

AMY'nin değişikliğe uğradığı 2001 yılına kadarki dönemde, kamuoyunda Anayasa Mahkemesi'nin rolüne ilişkin olarak yaşanan tartışmalara katılmakta tereddüt etmemişlerdir.⁴²

Sovyet sisteminin çöküşünün ardından Rusya'daki demokratik deneyimin gösterdiği üzere, halen gelişme evresini yaşayan ve çeşitli sorunları bulunan bir demokratik sistemde, kendisini temel devlet organları arasındaki anayasal ilişkilerin düzenlenmesi rolüne hapseden bir Anayasa Mahkemesi, demokrasiye katkı yapma yolunda büyük bir fırsat kaçırmış olacaktır. Yeltsin'in Başkanlığı'nun ilk yıllarında, parlamento ile Başkan arasındaki dengenin birincisinin lehine olduğu bir dönemde Anayasa Mahkemesi, bu iki organ arasındaki halat çekme yarışına geniş ölçüde müdahil olmuştu. Anayasa Mahkemesi'nin o dönemki başkanı V.D. Zorkin ise, ağırlığını güçlü bir biçimde (o dönemde "Yüksek Sovyet" olarak anılan) parlamentodan yana koymuştu. Mahkeme Başkanı'nun bu tavrı, gerek Rusya içinde, gerek dış dünyada, taraflı bir davranış olduğu ve siyasî olarak kendisini açığa çıkardığı gerekçesiyle ciddi şekilde eleştirilmişti. Elbette, o dönemde Zorkin'in sergilediği bu tavır, zaman zaman yargısal ihtiyat ve ketumlukla bağdaştırılması güç bir görünüm arz ederken, Mahkeme içinde de çeşitli ayrışmalara sebep olmuştu. Diğer taraftan, Yeltsin'in yaptığı gibi, kurulu Anayasal düzene karşı inanılmaz ihlallere girişen davranışlar karşısında sessizliği tercih eden bir Anayasa Mahkemesi Başkanı, Mahkeme'ye çok daha fazla zarar verirdi.⁴³

Yeltsin'in parlamentoyu feshetmesinin ve kendi Anayasası'nu zorla uygulamaya başlamasının ardından, tüm Mahkeme, faaliyetleri bir yıldan uzun bir zaman boyunca (Ekim 1993 - Şubat 1995 arası) askıya alınmak suretiyle cezalandırıldı. Muhtemelen Rus siyasî kültürünün bir yansıması olarak,

⁴² Bkz., A. Trockev, "Implementing Russian Constitutional Court Decisions", 11 *East European Constitutional Review* (2002), 95-104.

⁴³ Yeltsin'e haksızlık etmiş olmamak için, kendisinin, parlamento ile giriştiği mücadeleyi kazandıktan sonra bile, Zorkin'i Anayasa Mahkemesi'ndeki başkanlık koltuğundan etmediğini belirtmek gerekmektedir (Gerçekten de Zorkin, 2003 yılı ilkbaharında tekrar Mahkeme Başkanlığı'na seçilmiştir).

Anayasa Mahkemesi'nin eski yargıçların neredeyse tamamı, Mahkeme'nin Yeltsin Anayasası'nı özenle yorumlamaya ve uygulamaya başlamasının ardından, Mahkeme'deki görevlerine geri döndüler. Bu yeni Anayasa, kartları bir kez daha; ama bu sefer Başkan'ın elini ciddi şekilde kuvvetlendirecek şekilde dağıtırken, halk tarafından seçilen Devlet Duması'na ise, yalnızca son derece yalın bir rol bırakıyordu. Referanduma sunulmuş kabul edilen Anayasa'yla eş zamanlı olarak seçilen Duma, başlangıçta, Başkan'a karşı son derece düşmanca hisler besliyordu (bu durum ise, elbette ki Yeltsin taraftarlarının, eski parlamento olan Yüksek Sovyet'in temsil kabiliyetinin bulunmadığı gerekçesiyle 1993 güz darbesinin gerekli olduğu yönündeki akıl yürütmelerini *post factum* şekilde berbat ediyordu). Ancak, Başkan Putin'in gelişiyle birlikte durum değişti; özellikle en son seçimlerden sonra Başkan ve hükümet, Duma'da yeterli bir çoğunluğa sahip olmanın rahatlığını yaşamaya başladılar. Bu durum ise, Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetkilerinin sınırını çizme girişimlerinde görülen gerilimini ve katlılığını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Mücadeleden geriye kalan son çekişme konusu ise, Anayasa Mahkemesi'nin kendi rolüne bakışından kaynaklanan yasama benzeri iktidarındır. Bu konu, sistemdeki temel yasama organı olmaktan kaynaklanan ayrıcalıklarını – anlaşılır bir biçimde – korumak isteyen Duma için, devam eden bir rahatsızlık konusudur. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi de, bir "*tenzil-i rütbe*" sonucunda, sadece diğer organlar tarafından uygulanacak görüşler üreten bir organ seviyesine düşürülme korkusunu yaşamaktadır. Bu gerilim, belki de etkin bir Anayasa Mahkemesi olmanın doğasından kaynaklanmaktadır. Kısacası, Rusya'daki bu durumun, değindiğimiz bu alana ilişkin olarak, gayet olağan bir hale geldiğini söylemek mümkündür.

Aynı şeyin federasyon ile federasyon unsurlarının birbirleriyle olan ilişkileri açısından söylenmesi ise olanak dışıdır. (Yeltsin döneminde) ekonominin kontrolü, geniş ölçüde, malî destek vermeleri karşılığında "*oligarklar*" olarak adlandırılan küçük bir grup girişimciye devredilmişti; federasyon unsurlarındaki iktidar çevreleri ise, Yeltsin'in, devletin merkezindeki

konumunu desteklemeleri karşılığında, “ısırtıp koparabildikleri” kadar iktidar yetkisini ellerinde toplamaları konusunda cesaretlendirilmişlerdi. Sonuç olarak, Putin iktidara geldiğinde, acil olarak ulaşılmaması gereken iki ana hedef; her iki alanda da merkezî denetimin yeniden sağlanması oldu. Federal-bölgesel ilişkilerin yönetiminde, anayasal boyutlar dikkate alındığı ölçüde, Anayasa Mahkemesi'nin büyük bir oyuncu olduğu açıktır. Bu yüzden, merkezî hükümetin, Yeltsin döneminde federasyon unsurlarına dağıtılan şeyleri geri alma girişiminde, Mahkeme'yi doğal bir müttefik olarak algılaması sürpriz olmamıştır. Konuya Anayasa Mahkemesi açısından bakıldığında ise, girilen bu mücadelenin, büyük ölçüde siyasî bir nitelik taşıyan bir uğraş alanı olmasına rağmen; bu alanda harcanacak çabalar, geçerli bir Anayasal dayanaktan da tümüyle yoksun değildi. Gerçekten de geçmişte merkezî yetkilerin, tutkulu ve saldırgan federasyon unsurları lehine hesapsız ve programsız bir biçimde dağıtılması, büyük ölçüde Anayasa'nın savsaklanması pahasına olmuştu; federasyon unsurları “bağımsızlıklarını” ve kendi yasama organlarının en üstün güç olduğunu ilân ederlerken, merkezî hükümet, sadece zayıf protestolarla yetinmiş veya bu durumu olduğu gibi kabullenmişti.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ikinci temel rolüne; yani bireysel anayasal hakların korunması rolüne dönecek olursak, Rus Mahkemesi'nin bu alandaki sicilinin etkileyici olduğunu söylemek gerekmektedir. Bu hakların, doğaları itibarıyla genellikle devlete karşı korunmaları gerektiğinden, Sovyet sistemi altında temel hakların Rusya'da gerçekten de uygulanmasını düşünmek dahi mümkün olmamıştır. Yeni kuşak Rus siyasî liderleri arasındaysa, prensip olarak bu hakları ciddiye alma yönünde bir arzu olmakla birlikte, 70 yıllık Sovyet iktidarının getirdiği bürokratik alışkanlıklar, devasa bir siyasî engel oluşturmaktaydı. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi'nin görevi ise, basitçe söyleyecek olursak; bir öncü, bir rehber ve bir öğretmen gibi hareket etmektir. Mahkeme, anayasal haklar konusundaki sayısız kararıyla – ve çoğunlukla, önemli yasaların büyük kısmını geçersiz kılmak suretiyle – bu “buz”u kırdı. Özellikle, Anayasa Mahkemesi kararlarının Ceza Usul Yasası

üzerinde etkileri dikkate değerdir. 1960 tarihli bu Yasa, 2001 yılında bir yenisiyle değiştirilinceye kadar, Sovyet döneminde çıkarılan eski yasalardan geriye kalan ve hâlâ yürürlükte olan tek yasaydı.⁴⁴ Bu süre boyunca Yasa, pek çoğu Anayasa Mahkemesi'nin geniş kapsamlı iptalleri sonucunda ortaya çıkan gereksinimlere hitaben yapılan yüzlerce değişiklikle birlikte, yamalı bir bohçaya döndü.⁴⁵ Buna ek olarak, Anayasa Mahkemesi'nin özel hukuk alanındaki başarıları da etkileyiciydi. Anayasa Mahkemesi'nin bu alana müdahale etmesine olanak tanıyan maddeler ise; özellikle 34. (ekonomik girişim özgürlüğü), 35. (özel mülkiyet), 36. (toprak mülkiyeti) ve 37. maddeler (çalışma özgürlüğü) oldu. Bu maddelerin yorumlanmasının da, Anayasa'nın 19. maddesindeki eşitlik prensibinin uygulamasıyla birleştirilmesi mümkündür.⁴⁶

Oturum Başkanı: Sayın Feldbrugge'a teşekkür ediyoruz.

⁴⁴ 18 Aralık 2001 tarihli Rusya Federasyonu Ceza Usul Kanunu; 4 Temmuz 2003, 8 Aralık 2003 ve 22 Nisan 2004 tarihli kanunlarla değişikliklere uğramıştır.

⁴⁵ Cf. Samigullina kararı (131195, VKS 1995 No.6, 18), Kulnev kararı (020296, VKS 1996 No.2, 2), ve Kulnev Açıklaması (060697, VKS 1997 No.5, 7), Shchelukin kararı (130696, VKS 1995 No.4, 2), Karatuzskoe mahkemesi kararı (281196, VKS 1995 No.5, 15), Gurdzhiiants kararı (270396, VKS 1995 No.2, 34 (bu karar, aynı zamanda Kaptan Nikitin'e karşı açılan ünlü dava ile de ilgilidir) ve Irkutsk kararı (200499, VKS 1995 No.4, 41), bu kapsamda anılmaya değer kararların yalnızca bir kaçıdır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra bile, Anayasa Mahkemesi, dikkatli araştırmalarına devam etmiştir. Örneğin bkz. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun bir grup maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunduğuna ilişkin 8 Aralık 2003 tarihli karar (VKS 2004 No.1, 3).

Askeri sırları Norveç'e vermekle suçlanan Deniz Kaptanı Nikitin'e karşı açılan dava, 9 *East European Law Review* (2000) No.4'ün içinde, çeşitli sıfatlarla davaya iştirak eden otoriteler tarafından tartışılmıştır. Bu konudaki makaleler, K. Johnson, V. Tereshkin (duruşma yargıcı ile röportaj), M. Matinov, Y. Schmidt, E. Barikhnovskaya ve I. Pavlov'a aittir.

⁴⁶ Konunun bu yönü, R. Dagneva ve W. Simsons tarafından, "Rights, Contracts and Constitutional Courts: The Experience of Russia", in F. Feldbrugge, W. Simsons (Ed.), *Human Rights in Russia and Eastern Europe; Essays in Honor of Ger. P. Van den Berg: Law in Eastern Europe*, No. 51, The Hague/London/New York, 2002, 33-63 içinde, sözleşme özgürlüğüne özel bir önem verilmek suretiyle ayrıntılarıyla incelenmiş bulunmaktadır.

Bu arada bir duyuru yapmak istiyorum: Sayın Feldbrugge'nin Rusya Anayasası'yla ilgili olarak sunduğu tebliğin İngilizce metni dışarıda isteyen arkadaşlar tarafından edinilebilir.

RENATA
UITZ'İN
TEBLİĞİ

Yrd.Doç.Dr. Renata UITZ (Merkez Avrupa Üniversitesi):*

Post-komünist Doğu Avrupa'da anayasa mahkemeleri demokrasiye geçiş dalgası sırasında kurulmuşlardır. Yeni anayasal düzenin yürütülmesi ve anayasal hakların korunması için bir araç olarak görülmüşlerdir.¹ Doğu Avrupalı anayasa yapıcılarının çoğu merkezileşmiş, Kelsenci anayasa yargısını² tercih etmişler, böylece daha çok Birleşik Devletler'de uygulanan ve merkezî olmayan anayasaya uygunluk denetimi modelini terketmişlerdir.³ Birleşik Devletler modelinin reddedilme nedenleri farklı ülkelere göre değişiklik gösterse de, hemen hemen bütün örneklerde olağan yargı organlarına karşı duyulan belli derecedeki güvensizliğin izleri görülebilmektedir.

Anayasaya uygunluk denetimi için yargıya duyulan güvensizlik Doğu Avrupa'ya özgü bir durum değildir. Fransız Anayasa Konseyi'nin kuruluşu olağan yargıya karşı uzun süredir duyulan nefret nedeni ile yavaş olmuştur. Bu duygu yüzlerce yıl eskiye dayanan adli yolsuzluk suçlamaları ve

* "Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasında Sıkışıp Kalmış Post-komünist Demokrasiler" başlıklı tebliğ.

¹ Bkz. Örn. Herman Schwartz, *The Struggle For Constitutional Justice In Post-communist Europe* (2000); Jacek Kurczewski & Barry Sullivan, *The Bill of Rights and the Emerging Democracies*, 65 *Law & Contemporary Problems* 251, 272 et seq. (2002).

² Anayasa'ya uygunluk denetiminin Yüksek Mahkeme'nin anayasa uygunluk denetimi yapmakla görevli özel bir dairesi tarafından gerçekleştirildiği Estonya kayda değer bir istisnadır.

³ Kendi kavramları yönünden meşrulaştırıcı gücüne yönelik olarak Baş yargıç Marshall ve Hans Kelsen tarafından ortaya konan haklılaştırılmaların mükemmel bir kıyaslaması için Bkz. Carlos Santiago Nino, *The Constitution Of Deliberative Democracy* 189-196 (1996).

"Avrupa modeli" anayasa yargısının kapsamlı bir incelemesi için Bkz. Louis Favoreau, *Les Cours Constitutionnelles* 5-28 (1996).

keyfilikten duyulan korkular ile beslenmiştir.⁴ Aslında, Fransa'da bireysel anayasa şikayeti uygulaması ile ilgili bir teklifin yakınlarda başarısızlığa uğramasını değerlendirirken hala bu tür endişelerin bulunduğu gözardı edilemez. Bunun yanında, Güney Afrika örneğinde açıkça görüldüğü gibi, yargının eski baskıcı rejimin faaliyetlerinin suç ortağı olması, yeni anayasaya eski yargıçlar ile güvenme konusunda da yargıçlara şüpheyle bakılmasına neden olabilir. Yorumculara göre Güney Afrikalı yargıçlar ortak bir içtihat geliştirerek 'apartheid' kısılacını gevşetme şansına sahiplerken, yargıçlar bu şanslarını açıkça kaybetmişlerdir. Ayrıca, Webb, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'ni kararlarında sık sık uluslararası hukuka ve yabancı anayasal içtihatlara başvurmaya itenin de tam olarak yargının bu lekeli geçmişi olduğunu kuvvetle vurgulamaktadır.⁵

Post-komünist Doğu Avrupa'da, olağan mahkemeler aynı zamanda otoriter rejimlerin yasalarını da uygulamışlardır ve politik kaygılar dışında tutulan bazı kararların kurbanlarına hakları geri verilmiş ve hatta -en azından kısmen- zararları karşılanmıştır. Bununla birlikte, Post-komünist ülkelerde sıradan mahkemeleri yeni anayasaların garantörleri olarak kabul etmekteki gönülsüzlük, öncelikle yetersizlik korkusu ile tetiklenmiştir. Cappelletti'nin belirttiği gibi, bu tür endişeler sadece komünizm sonrası mahkemelerle sınırlı değildir. Anayasal hakemler olarak olağan mahkemeler hakkındaki çekinceler, hem görevleri kanunları inançla uygulamak olan -ancak onları değiştirmek olmayan- kariyer görevlileri niteliğindeki kıta yargıçlarının nasıl algılandıklarını, hem de onların kendilerini nasıl algıladıklarını yansıtmaktadır.⁶ Slovenya'daki olağan mahkemeler anayasaya aykırı ya da kanunsuz (*exceptio*

⁴ Didier Maus, *The Birth of Judicial Review of Legislation in France*, in: *Constitutional Justice Under Old Constitutions* 113-143 (Eivind Smith ed.1995) ve Claire Germain, *Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France*, 13 *Duke J. Of Comp. & Int'l L.* 195 (2003).

⁵ Hoyt Webb, *The Constitutional Court of South Africa, Rights Interpretation and Comparative Constitutional Law*, 1 *U. Pa. J. Const. L.* 205, 208 (1998).

⁶ Cappelletti'den alıntı Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, 9.

illegalis)⁷ olarak gördükleri düzenleyici işlemler uygulamayı rededebilirlerse de, bu tür kararlar Slovenya'daki anayasaya uygunluk denetiminden ayrı tutulmuşlardır.⁸ Benzer bir gönülsüzlük, olağan bir mahkemedeki yasaya yönelik itirazın (*exceptio legalis*) Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi ile birleştirildiği Hırvatistan'da da sezilebilmektedir.⁹

Bazı post-komünist ülkelerdeki olağan mahkemelerin davranışları bu hipotezi desteklemektedir. Çek Anayasası'nın 4. Maddesi, "*temel hak ve özgürlükler yargı organlarının korumasından faydalanırlar*" demektedir. Bu kural, böylelikle bireysel davalarda Çek Anayasası'nın haklarla ilgili hükümlerini uygulama görevini olağan mahkemelere vermiştir. Ancak, genel yargı yetkisine sahip mahkemeler bu yetkilendirme üzerine hareket etmekte oldukça gönülsüzdürler ve bu hareketsizlik Çek Anayasa Mahkemesi tarafından bile eleştirilmiştir.¹⁰ Çek Cumhuriyeti'nde kanun-altı normların incelemelerinin olağan

⁷ Slovenya Anayasası'nın 125. Maddesi.

⁸ Bkz. Avrupa Mahkemeleri'nin Uygulamaya Müdahalesi de Dahil Olmak Üzere Anayasa Mahkemeleri ve Diğer Ulusal Mahkemeler Arasındaki İlişki, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi için hazırlanan Slovenya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, 15. paragraf. [The Relations Between Constitutional Courts And Other National Courts, Including The Interference In The Area Of The Action Of The European Courts, Report Of The Constitutional Court Of The Republic Of Slovenia Prepared For The 12th Congress Of The Conference Of European Constitutional Courts, 15. paragraf], İngilizce olarak <http://www.confcoconsteu.org/reports/Slovenia-EN.pdf>. adresinde bulunabilir.

⁹ Bkz. Hırvat Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 35(2) maddesi. İngilizce olarak İngilizce olarak http://www.usud.hr/html/the_constitutional_act_on_the_.htm. adresinde bulunabilir.

¹⁰ Bkz. 6 Haziran 1995 tarihli karar, I ÚS 30/94, Avrupa Mahkemeleri'nin Uygulamaya Müdahalesi de Dahil Olmak Üzere Anayasa Mahkemeleri ve Diğer Ulusal Mahkemeler Arasındaki İlişki, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi için hazırlanan Çek Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, [The Relations Between Constitutional Courts And Other National Courts, Including The Interference In The Area Of The Action Of The European Courts, Report Of The Constitutional Court Of The Czech Republic Prepared For The 12th Congress Of The Conference Of European Constitutional Courts], İngilizce olarak <http://www.confcoconsteu.org/reports/Tschie-EN.pdf>, para 4. adresinde bulunabilir.

mahkemelerin görevi olduğu göz önüne alındığında bunlar daha da şaşırtıcı hale gelmektedir.¹¹ Macar Anayasası, Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya uygunluk denetimi yapması için olağanüstü geniş bir yargı yetkisi vermesinin yanısıra, olağan mahkemelerin temel hakların ihlalinin doğan şikayetler üzerinde yetkili olmasına da imkan tanımıştır.¹² Bu düzenlemeye göre, olağan mahkemeler anayasada yer alan hakların ihlalinine dayanan iddiaları dinleyebilirler.¹³ Bununla birlikte, yeni Macar demokrasisinin ilk beş yılında olağan mahkemelerde böyle bir davaya rastlanmamıştır.¹⁴ Daha donraki yıllarda, olağan mahkemeler biraz daha cesaret kazansalarda, olağan mahkemelere anayasa ile ilgili olarak dava getirilmesine hala oldukça nadiren rastlanmaktadır. Bu durum, Avrupa Birliği'ne girişle birlikte anayasal ve temel haklar ile ilgili daha fazla şikayetin anayasa mahkemeleri yerine olağan mahkemelerin önüne gelmesi beklendiği (ya da bundan ürküldüğü) için daha da korkutucudur.

Post-komünist ülkelerde anayasa mahkemelerine, başka hiç bir kurumun gerçekleştirebileceğine inanılmayan özel bir görev konusunda güvenilmiştir. Dahası, anayasa mahkemeleri demokrasiye geçişteki yaşanan kurum oluşturma dalgası içinde oluşturulduklarından, bu lekelenmemiş kurumlar muazzam bir kurumsal meşruiyetten faydalanmaktadırlar. Olağan mahkemelere güvenin az olduğu ve yargı hakkında kamu görüşünün aşırı eleştirel olduğu Slovenya'da bile, bu yaygın negatif kamusal tavır Anayasa Mahkemesi'ne ulaşmamıştır.¹⁵ Geçiş dönemi yargı tedbirlerinin anayasaya uygunluğu, ekonomik

¹¹ Çek Anayasası'nın 95(1). maddesi.

¹² Macar Anayasası'nın 70/K, maddesi.

¹³ Hırvat Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 36(1). maddesi, "Her birey ya da tüzel kişi yasanın anayasaya uygunluğunu ve diğer kuralların yasallığını ve anayasaya uygunluğunu denetleme başvurusunu kuruma getirme hakkına sahiptir."

¹⁴ Andras Sajo, *Rights in Post-communism*, in: *Western Rights? Post-communist Application* 153 (Andras Sajo ed. 1996).

¹⁵ *Judicial Independence in Slovakia*, in: *Monitoring The Eu Accession Process: Judicial Independence* 403 (2001).

yeniden yapılanma ve toplumu derinden bölen ve üzerinde çok tartışılan diğer bazı konular hakkındaki anayasal incelemeler ortaya çıktığında bazı anayasa mahkemelerinin isimleri lekelenmiş olabilir. Aynı zamanda, post-komünist dönemde yargı da değişimler geçirmiştir. Yargı ve savcılığın yapısına ilişkin reformlar, görevdeki yargıçların eğitilmeleri ve yeni nesil yargıçların katılımının sağlanmasının yanısıra, maddi ve usuli yasalara ilişkin reformların tümü geçmişten devralınan yargı mekanizmasının değişmesine katkı sağlamışlardır.

Aşağıdaki analiz post-komünist demokrasilerde anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasındaki etkileşimlerin anayasacılığın ve hukukun üstünlüğünün korunmasına nasıl katkı sağladığını incelemeye çalışmaktadır. Analiz, yüksek yargı makamlarının müzakere ve karşılıklı görüşmeler bakımından bir arada varoluşlarını açıklayan etkileşim örüntülerinin post-komünist demokrasilere uygulanıp uygulanamayacaklarını araştırmaktadır. Makale, tüm Doğu Avrupa ülkelerinin ilgili hukukunun sistematik ve detaylı bir incelemesini sunmamaktadır. Makale bunun yerine, değişik post-komünist ülkelerdeki tecrübelere dayanarak, anayasa mahkemeleri ve anayasal hakların korunması üzerine bir yükümlülüğü olan olağan mahkemelerin ilişkilerindeki anlaşmazlık ve problemlere yoğunlaşmaya çalışacaktır. Böyle bir odaklanmanın anayasa mahkemeleri ile sıradan mahkemeler arasındaki idaresi zor ilişkilerin pratik sonuçlarını aydınlatmakta faydalı olacağına inanılmaktadır. Post-komünist anayasa mahkemelerinin içtihadının tartışılmasına ek olarak, analizde yeri geldikçe, diğer anayasal denetimin içtihadına da değinilecektir.¹⁶

Makalenin ilk kısmı, anayasa mahkemelerinin yargının bütünlüğü ile ilgili anlaşmazlıklarla ilgilendikleri davaları ele almaktadır. Bu bölüm, yargısal atamalar ve yargısal iradenin anayasaya uygunluğunun anayasa mahkemeleri tarafından yargı yetkisini korumak amacıyla denetlendiği davaların

¹⁶ Sunulan analiz Rusya Federasyonu'nda ve Baltıklar'daki gelişmeleri kapsamaz.

incelemesini kapsamaktadır. Daha sonra, ikinci kısımda, anayasa mahkemelerinin anayasa şikayeti yoluyla önlere gelmiş bireysel davalarda anayasal hakları koruma rolü incelenmektedir. Makalenin son bölümünde, anayasa mahkemelerinin olağan mahkemelerin içtihadını dolaylı olarak inceledikleri örnekler tartışılmaktadır. Makale anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında en iyi şekilde tasarlanmış yetkilendirmelerin bile, temel hakları, anayasacılığı ve hukukun üstünlüğünü korumada güven duyulan iki yüksek yargısal irade arasındaki uyumsuzlukları önleyemeyebileceğini ortaya koymaktadır

1. Yargının Bütünlüğünü Koruyan Anayasa Mahkemeleri: Yargı Bağımsızlığını Korumak Ve Ötesi

Hakların korunmasında etkili bir sistem için, olağan mahkemelerin doğrudan anayasal meselelerden doğan şikayetlere bakmadıkları durumlarda bile bağımsız bir yargı zorunludur. Anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisinin doğasından dolayı anayasa mahkemeleri olağan yargının yapısını ve çalışmasını doğrudan etkileyecek şikayetlerle karşı karşıya kalabilirler. Bu tür şikayetler, değişik mahkemelerin kurulmalarını ya da kapatılmalarını, adli terfi ya da atamalar için yeterlilikleri, yargıçlara yapılan ödemeleri, disiplin cezaları ve tayin kuralları ve diğer yargı bağımsızlığı ihlallerini içerebilir. Anayasa Mahkemesi'nin bu tür şikayetler ile ilgilenirken verdiği kararlar yargının yapısı, işleyişi ve bütünlüğünü doğrudan etkilemektedir.¹⁷

¹⁷ Mahkemeler arasındaki yetki tartışmalarının çözülmesi bu analizde ele alınmamıştır. Aşağıdaki analiz post-komünist ülkelerdeki bütün problemleri inceleme iddiasında değildir. Bunun yanında eski komünist ülkelerdeki savcılık reformu, anayasa mahkemeleri için yönetsel koruma tedbirlerini yeniden tanımlamak için ek fırsatlar yaratabilir ve bu yolla yargısal karar mekanizmasının bütünlüğünü güçlendirebilir. Detaylı bir kıyaslama analizi için bkz. Jonathan Siegelbaum, "The Right amount of Rights: Calibrating Criminal Law and Procedure in Post-communist Central and Eastern Europe", *20 Boston University International Law Journal* 73 (2002).

Yargısal Atamalar Üzerindeki Denetim

Yargı bağımsızlığı ihlalleri sıklıkla siyasal organların yargı atamalarını etkileme teşebbüsleri nedeni ile ortaya çıkmaktadır. Macar Anayasa Mahkemesi yargı atamaları ile ilgili kararında, diğer organların temsilcilerinin kararlarının veya kararlarının etkisinin ya da herhangi bir başka etkenin yargının somut baskısı ile nötralize edilmesinin anayasal bir gereklilik olduğuna karar vermiştir. Bu koşul, daha yüksek mevkilerdeki yargı görevlilerinin seçimi için de geçerlidir.¹⁸ Bu konum, tek başına yargısal atamalar üzerindeki tüm idari etkilere engel olmamaktadır.

Kararda Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin, kuvvetler ayrılığının her kuvvetin birbirinden tümüyle ayrılmasını zorunlu kılmadığını belirten sözleri yankılanmaktadır; bunun yerine, siyasal organlar ve yargı birbirlerinin "temel işlevlerine" karışmadan karşılıklı işbirliği yapmalıdırlar.¹⁹ Gerçekten de, yargıçların atama, terfi ve görevden alınmalarında diğer organların yoğun baskılarını ortadan kaldırabilmek, yargıyı kendini idame ettiren bir yapı haline getirmek açısından önemlidir.²⁰ Anayasa mahkemeleri, kuvvetler ayrılığı ilkesinin koruyucuları olarak, bu dengenin muhafaza edilmesinde önemli bir role sahiptirler.

Yargısal atamalar ile ilgili daha az tipik bir dava, Hırvat Anayasa Mahkemesi tarafından görülmüştür. Davada olağan mahkeme yargıçları anayasa şikayeti yoluyla Yüksek Yargı Konseyi'nin, kendilerinin Yüksek Mahkemeye atanmaları ilgili kararına itiraz etmişlerdir. Yargıçların anayasa şikayetine göre, atanmalarının reddi yargı bağımsızlığını ihlal etmiştir. Hırvat Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir:

¹⁸ 38/1993 (VI. 11.) AB kararı.

¹⁹ Bkz. the *Judicial Qualifications case*, 34 BVerfGE 52 (1972). İngilizce olarak Donald P. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence Of The Federal Republic Of Germany* 145-148 (2nd ed. 1997).

²⁰ Bu konuda bir çok dava vardır, ancak bunların tartışılması bu makalenin amacını aşmaktadır.

“Şikayetçilerin, yargıçların bağımsızlığı ve dokunulmazlığı prensibinin (Anayasanın 115 ve 119 maddeleri) ihlali ile ilgili iddialarını yerinde bulmuştur, çünkü Yüksek Yargı Konseyi aday olan bireyler hakkındaki kararlarını, diğer başka unsurlar yanında, Yüksek Mahkeme Başkanı'nun görüşlerine dayanarak vermiştir ve bu görüş adayların katılmış oldukları belirli mahkeme kararlarının doğrulukları ile ilgili kanılar taşımaktadır.

Belirli mahkeme kararlarının doğrulukları sadece yetkili mahkeme tarafından temyiz işlemlerine uygun olarak, yani, örneğin bir anayasa şikayeti durumunda Anayasa Mahkemesi tarafından değerlendirilebilir. Bir yargıcın yapmış olduğu işler hakkındaki değerlendirmelerde sadece temyiz uyarınca yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlardaki değerlendirmeler dikkate alınabilir.

Yukarıdaki davada, 115 ve 119. maddelerdeki anayasal prensipler de ihlal edilmiştir, çünkü Yüksek Yargı Konseyi, atama işleminde birey olarak yargıçların belirli mahkemelerde yargıçlar kurulu tarafından birlikte almış oldukları kararların doğrulukları konusundaki görüşlere dayanarak karar vermiştir.

Bu aynı zamanda gizli müzakere ve oylama konusundaki yasal tedbirlerin de ihlal edilmesidir...”²¹

Bu dava özellikle hassastır: görünüşte Yüksek Yargı Konseyi'nin kararına karşı yapılmış anayasal bir itirazdır, gerçekte itiraz Yüksek Mahkeme Başkanı'nun görüşlerine karşı yapılmıştır. Hırvat Anayasa Mahkemesi'nin kararı, yargıçlar tarafından yapılmış bir anayasa şikayetini değerlendirirken, hassas bir dengeyi korumayı ve yargının iç ilişkilerinin dışında kalmayı amaçlamaktadır.

²¹ Karar Numaraları. U-III-520/95, U-III-530/95, U-III-534/95, U-III-537/95 and U-III-540/95 of 30.11.1995. 10. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansında sunulan Hırvat ulusal raporundan alıntı, *Separation Of Powers In Connection With Jurisdiction Of The Constitutional Court*, <http://www.mkab.hu/conference/okhe/croathe.htm>. adresinde bulunabilir.

Yargının Yapısını Korumak

Yargının bütünlüğü, aynı zamanda yargının yapısı (mahkemelerin iç hiyerarşisi) ile ilgili anayasal teminatlara da bağlıdır. Detaylı bir inceleme bu makalenin sınırlarını fazlası ile aşacaktır, ancak son yıllardan bir kaç örnek bahsedilmeye değer niteliktedir. Yargının genel yapısı ile ilgili olarak, 1997 yılında bir anayasa değişikliği ile getirilen ek bir aşama niteliğindeki istinaf mahkemelerinin (bölge mahkemeleri) oluşturulmasını geciktirmenin ve hala da tam olarak hayata geçirememenin yargının performansını nasıl etkilediğini - Macaristan'da olduğu gibi- görmek kolaydır.

Bölge mahkemelerinin yerleri, yetkileri ve işleyişleri ile bir çok değişiklikten sonra,²² 1999'da Macaristan parlamentosu tek bir merkez bölge mahkemesi yolunda karar verdi.²³ Bu çözümün anayasaya uygunluğuna itiraz edildi ve 2001'de Anayasa Mahkemesi, bölge mahkemeleri kurulmasını geciktirmenin Anayasa'ya aykırı olarak bir ihmal oluşturduğu sonucuna vardı.²⁴ Anayasa'nun ek 45. maddesinde sıralanan diğer genel yargı mahkemeleri arasında bölge mahkemeleri de açıkça sıralanmış olduğundan, Anayasa Mahkemesi bu kararında göreceli olarak sağlam bir gerekçeye sahiptir. Ancak bu hüküm, bölge mahkemelerinin sayısından söz etmemektedir.²⁵ Anayasa Mahkemesi, kararında parlamentonun bölge mahkemeleri kurulması için gerekli tedbirlerin yöntem ve hızını belirlemekte Anayasa'nun lafzı çerçevesinde serbest olduğunu

²² Bu tür bölge mahkemelerini kurmak adli hiyerarşide bir dördüncü seviye oluşturmayı, böylece, ek olarak ayrı bir başvuru / inceleme forumuna izin vermeyi amaçlamaktadır. Bu aynı zamanda Yüksek Mahkeme'nin iş yükünü de hafifletmeyi amaçlıyordu. Çeşitli biçimler şu kaynakta detaylı biçimde tartışılmıştır: *Judicial Independence in Hungary*, in: *Monitoring The Eu Accession Process: Judicial Independence*, supra note 15, 192-193.

²³ Bu günkü durumda, üç bölge mahkemesi çalışmaktadır, yeni iki tanesi 1 Ocak 2005 te çalışmaya başlayacaktır. <http://www.itelotabla.hu/>

²⁴ Karar 49/2001 (XI. 22.) AB

²⁵ Bu bağlamda Madde 45(1), ABD Anayasası'nın 1. Bölümü 1. maddesine, ya da 1867 tarihli Kanada Anayasal Kanunu'nun 100. bölümüne benzetilmektedir.

vurgulamıştır. Ancak, 45(1) madde deki ifade daha fazla bölge mahkemesinden bahsetmektedir, sadece bir mahkeme kurmak anayasada belirtilen koşulu yerine getirmez ve anayasal bir ihmal teşkil eder.

Bu davada Macar Anayasa Mahkemesi oldukça basit, metindeki ifadeye dayanan bir argüman kullanmıştır: Anayasa'nın 45(1) maddesindeki ifade bölgesel mahkemelerden söz etmektedir- yani bu birden fazla mahkeme demektir. Bu terime ek olarak, Anayasa Mahkemesi hukukun üstünlüğü ya da anayasal haklardan doğan daha başka kanıtlar öne sürmemiştir ve gelecekteki yasama organları tarafından karşılanması gereken yeni anayasaya uygunluk kriterleri oluşturmamıştır. Karar kulağa ne kadar basit gelse de, davanın Anayasa Mahkemesi'ni nasıl oldukça aleni ve hassas bir siyasal tartışmaya sürüklediğini görmek önemlidir. Aslında bazı yargıçlar, davada Anayasa'ya aykırı ihmal olduğuna dair bir dayanak bile olmadığını bulmuşlardır.²⁶ Anayasa Mahkemesi Anayasa'ya aykırı bir ihmal bulduğunda boşluğu doldurmak için bir tarih belirleyebileceğinden, bu detay önemlidir.²⁷ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi siyasal organlar ile potansiyel bir anlaşmazlık zemini yaratarak yasama meclisine kanun yapması için açık bir yükümlülük getirebilir. Anayasa Mahkemesi'nin, bu kararın gereğinin yapılmasını zorlamak için araçları bulunmasa da, Anayasa Mahkemesi'nin çıkarılacak yasanın içeriğine ilişkin daha fazla anayasal kriter oluşturmadığı bir olayda mühlete uymamak yasama organını utandırabilir.

Yargı Yetkisini Korumak

Yargı yetkisinin korunması ve belirli usuli teminatların muhafaza edilmesi yargı bağımsızlığının teminatları arasında yer alır. Yargı yetkisinin ve yargısal karar alma mekanizmasının korunması, yargısal kurumlara disiplin ve ceza davalarındaki

²⁶ Bkz. Yargıç Erdei'nin karşı oyu (Yargıç Harmaty tarafından desteklenmiştir).

²⁷ Bkz. Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 49(1) maddesi (Act No. 32 of 1989). Davada son tarih 31 Aralık 2002 idi.

cezaları inceleme ya da empoze etme hakkı verildiğinde,²⁸ veya bazı durumlarda uzman kuruluşlar ya da bağımsız mahkemelere yargı yetkisi tanındığında bir sorun haline gelmektedir. Eski komünist anayasalar bu konularda detaylı yönergeler vermemiş iseler de, bu konuda AİHM içtihadı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6(1). maddesi çerçevesinde rehberlik etmektedir.²⁹

AİHM, İsviçre'ye karşı Belilos davasında³⁰ İsviçre'nin Madde 6(1) in kapsamını kısıtlama yönündeki netliği kuşkulu ve "yoruma dayalı deklarasyonunun"³¹ AİHS'nin genel çekincelerin yasaklanması yönündeki 64(1) maddesini ihlal eder nitelikte bulmuştur. Avrupa Mahkemesi ileri sürülen yoruma dayalı deklarasyonun amacını belirlerken, adli yargı aleyhine idari yargının yetkisini kayda değer bir biçimde genişletmek için İsviçreli görevliler ve İsviçre'deki yasama çabalarının ortaya koyduğu çeşitli yargıları dikkate almıştır. Avrupa Mahkemesi'nin kararı idari usul açısından İsviçre kurallarını etkilemezken, dava bir hükümetin, vatandaşlarının anlaşmazlıklarının mahkemede çözülmesini – ya da en azından değerlendirildi-

²⁸ Doğu Avrupalı olmayan örnekler için bkz. Hinds v. The Queen, Privy Council (Jamaica) [1977] A.C. 195.

²⁹ AİHS'nin 6 (1). maddesi şöyledir "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde, vey davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürebilir."

³⁰ Başvuru. No. 00010328/83, 29 Nisan 1988.

³¹ Deklarasyon şöyledir: "İsviçre Federal Konseyi, AİHS Madde 6, paragraf 1'deki adil yargılanma hakkının sadece, medeni hak ve yükümlülükler veya kişiye karşı ceza soruşturmalarıyla ilgili belirlemelerinin, bu hak veya yükümlülükler ya da soruşturmanın belirliliğiyle ilişkili kamu otoritelerinin işlemleri ya da kararlarının nihai olarak yargısal denetime tabi olmasını amaçladığını düşünmektedir."

rilmesini- örtmek için ne kadar ileriye gidebileceği konusunda önemli bir hatırlatmadır.

Yukarıdaki davalar ışığında Avrupa Konseyi'ne katılan eski komünist ülkelerin, uygulanmaları denetimden muaf tutulması gereken usul yasalarından detaylı hüküm katalogları ekleyerek Madde 6(1) e uzun çekinceler koymaları şaşırtıcı değildir.³² Fakat, böyle bir çekincenin ancak geçici bir tedbir olarak değerlendirileceğine de dikkat edilmelidir. Eski komünist ülkelerde usul yasalarının yeniden kaleme alınması, böyle çekinceleri gerekli kılan hukuki çözümleri de ortadan kaldırmalıdır.

Buna ek olarak, yeni ya da yenilenen usul yasaları bağımsız ve tarafsız mahkemelere AİHS'nin 6(1). maddesinin uygulanması amacıyla yönelik olarak görülebilecek türde bir ortam sağlamalıdır. Yakın zamanda *Morris v. UK*³³ davasında AİHM davasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şöyle söylemiştir:

"58. Bir mahkemenin bağımsız olup olmadığını belirlemek için, üyelerinin atanma şekline, kuruluş şartlarına, dış baskılara karşı teminatların varlığına bakılmalı ve kurumun bağımsız bir görüntü sergilyip sergilemediği sorgulanmalıdır.

"Tarafsızlık' sorusuna gelince, bu koşulun iki boyutu vardır. Birincisi mahkeme öznel olarak kişisel önyargı ve etkiden uzak olmalıdır. İkincisi, objektif açıdan da tarafsız olmalıdır, yani, bu bakımdan her türlü meşru kuşkuju dışlayacak yeterli derecede garanti sunmalıdır.

[...]

*73. ... Yargısal olmayan bir otorite tarafından değiştirilmeye-
bilecek bağlayıcı bir karar verme gücü 'mahkeme' kavramının içinde
mevcuttur. Bu ilke madde 6(1)'de gerekli olan 'bağımsızlık'ın bir
unsuru olarak da görülebilir."³⁴*

³² Bakın örn. Rusya'nın AİHS 6(1). maddesine ihtirazi kaydı.

³³ Başvuru no. 38784/97, 26 Şubat 2002 tarihli karar.

³⁴ Davada AİHM şöyle devam etmiştir: "denetimin yargısal olmayan bir

Bir kurumun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak mı, yoksa yürütme içinde bir idari karar alma mekanizması olarak mı görüleceği, bu yüzden bir nitelendirme meselesidir. Ulusal düzeyde, bu tür kararlar daha çok anayasa mahkemelerine aittir.

Örneğin, Polonya Anayasa Mahkemesi, cezaevi memurları üzerinde cezaevi idaresinin disiplin cezası verme kararının yargısal denetiminde, yargılamanın anayasaya uygunluğunu incelemiştir. Anayasa Mahkemesi bu yargılamayı mahkemeye başvurma anayasal hakkının bir ihlali olarak örmüştür. Mahkeme bu hakkı hukukun üstünlüğünden ve Polonya Anayasası'nın *"Herkes davasının adil ve açık bir şekilde geciktirilmeden bağımsız ve tarafsız yargı tarafından görülmesi hakkına sahiptir"* diyen 45(1) maddesinden almıştır. Davada Anayasa Mahkemesi şunları belirtmiştir: *"düzenleme mahkemeye başvuru kapsamını daha dar yorumla kısıtlasa da, demokratik hukukun üstünlüğünün bir sonucu olarak sorunlar mümkün olan en geniş biçimde mahkemeye başvuru hakkı kapsamı içine alınmalıdır. Bireyin haklarının yargısal yönden korunması üzerindeki tüm sınırların ve kısıtlamaların temel yasanın hükümlerinden kaynaklanması için Anayasa, yargı yolu karinesini ortaya atmıştır [...] Sınırlar ve kısıtlamalar genel biçimde yargı yolu kapsamı dışında bırakamazlar."*³⁵

Yukarıdaki durumların gösterdiği gibi bir kurumun bağımsız ve tarafsız bir mahkeme olarak görülüp görülmeyeceği anayasal haklardan (yani mahkemeye erişimden) çıkarılabilir. Yargısal bir makama erişim olanağının eksikliği etkili bir şekilde hakların korunması şansını zayıflatır, ya da yargısal

makam tarafından "denetim makamu" olarak yürütülmesi gerçeği paragraf 73'de geçen ilkeye aykırıdır." [para 75.]

³⁵ 16 Mart 1999 tarihli karar (SK. 19/98), İngilizce tercümesine şu kaynakta ulaşılabilir: Polonya Anayasa Mahkemesi'nin 186'dan 1999 294, 298'e Kadarki İçtihadından Seçmeler (1999) [A Selection Of The Polish Constitutional Tribunal's Jurisprudence From 186 To 1999 294, 298 (1999)]. Anayasa Mahkemesi'nin muhafızlara karşı disiplin prosedürüne ilişkin önceki kararlarında disiplin kurulunun kararından sonra bir mahkemede bu kararın denetlenmesi mümkün kılındığından bir Anayasa'ya aykırılık bulmadığımızı da belirtmeliyiz. [8 Aralık 1998 tarihli, K. 41/97 karar.]

olmayan bir makama başvuru zorunluluğu temel anayasal garantileri ihlal edebilir ve burlar da herhangi bir anayasal hakkın uygulanmasını ciddi şekilde güçleştirebilir. Bu nedenle, anayasal haklardan kaynaklanan yargı bağımsızlığının gerekleri, yargının bütünlüğünün diğer yapısal garantileri ile birbirini tamamlayıcıdır.

2. Sıradan Mahkemelerin Komşusu Olarak Anayasa Mahkemeleri

Anayasa mahkemeleri sıradan mahkemelerin işine, sadece anayasal denetim yargının bütünlüğüne yönelik tehditler algıladığı durumlarda karışmaz. Anayasa mahkemeleri aynı zamanda sıradan mahkemelerin içtihadını ve kararlarını da inceler. Anayasa mahkemeleri yüksek mahkemelerin sıradan mahkemelerin yasayı aynı şekilde yorumlamalarını amaçlayan talimatlarını inceleme yetkisine genellikle sahip olmadıkları halde, anayasa mahkemeleri sıradan mahkemelerin içtihadına dolaylı yollardan ulaşmanın yolunu bulma eğilimindedirler. Anayasa mahkemeleri çok sık olarak yasal bir düzenlemenin sıradan mahkemeler tarafından nasıl yorumlandığına ve uygulandığına bakarlar. Bu gibi durumlarda anayasa mahkemesi, bir normun gerçek hayattaki yorumunu görmek için, yasanın sıradan mahkemelerin içtihadında nasıl uygulandığına bakar. Bu Macar Anayasa Mahkemesi ya da Polonya Anayasa Mahkemesi tarafından sık sık uygulanan bir yöntemdir.³⁶ Polonya Anayasa Mahkemesi'nin yüksek mahkemelerden "yargısal kararlarda belirli bir yasa hükmünün yorumuna ilişkin bilgi" isteme yetkisine sahip olduğuna dikkat etmek gerekir.³⁷

³⁶ Bkz. Avrupa Mahkemeleri'nin Uygulamaya Müdahalesi de Dahil Olmak Üzere Anayasa Mahkemeleri ve Diğer Ulusal Mahkemeler Arasındaki İlişki, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi için hazırlanan Polonya Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi Raporu, para 39, [The Relations Between Constitutional Courts And Other National Courts, Including The Interference In The Area Of The Action Of The European Courts, Report Of The Constitutional Tribunal Of The Republic Of Poland, Prepared For The 12th Congress Of The Conference Of European Constitutional Courts,], Yargıç Jerzy Ciemniowski, İngilizce olarak <http://www.confcoconsteu.org/reports/Polen-EN.pdf>. adresinde bulunabilir.

³⁷ Polonya Anayasa Mahkemesi Kanunu Madde 22.

"Kitaplardaki yasa" yerine "gerçek yasayı" incelemek yüksek mahkemeler ile anayasa mahkemeleri arasında gerilim yaratabilir - sonuçta, yargı sistemi içinde yasanın tektip ve anayasaya uygun biçimde uygulanmasını sağlamak yüksek mahkemenin (anayasa mahkemesinin değil) görevidir. Yine de, bir çok durumda, anayasa mahkemelerinin sıradan mahkemeler tarafından uygulandığı biçimiyle yasaya baktığı fark edilmez ve bu çok az etki uyandırır. Öte yandan, sıradan bir mahkemenin bir kararı anayasa mahkemesinin gündemine yerleştiğinde, daha fazla dikkat uyandırabilir.

Anayasa Şikayeti

Bireysel anayasa şikayetleri, sıradan bir mahkemenin bir kararını anayasa mahkemesine getirebilecek vasıtalar içerisinde izlenmesi en kolay olanlardır. Böyle bir yetkinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasında nasıl açık uyumsuzluklara yol açtığını görmek kolaydır ve sonuçta, anayasa mahkemesi daha alt derecedeki bir mahkemenin kararının, hatta yüksek mahkemenin dikkatli incelemesinden bile geçmiş bir kararın, karmaşık detaylarını yeniden değerlendirir. Alman düzenlemesi bireysel anayasa şikayet için post-komünist pek çok ülke tarafından benimsenmiş temel bir model oluşturmaktadır. Bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, diğer bazı ülkeler yanında Hırvatistan,³⁸ Çek Cumhuriyeti,³⁹

³⁸ Hırvat Anayasası'nın 128. maddesi Hırvat Anayasa Mahkemesi'ne "devlet organlarının, yerel ve bölgesel hükümetlerin, kamusal otorite kullanan kamu tüzelkişilerinin, bireysel kararlarına karşı, bu kararlar insan hakları ve temel özgürlüklerini ihlal ettiklerinde gerçekleştirilecek anayasa şikayetlerine karar verme yetkisi vermiştir." http://www.usud.hr/html/the_constitution_of_the_republ.htm#III. adresinde İngilizce olarak bulunabilir.

³⁹ Çek Anayasası madde 87(1)(d), Çek Anayasa Mahkemesi'ne "kamu otoritelerinin nihai kararları ya da anayasada garantiye alınmış diğer temel hak ve özgürlükleri ihlal eden diğer kararlarına karşı bulunulan anayasa şikayetlerine karar verme yetkisi vermiştir". İngilizce olarak burada bulunabilir; http://www.concourt.cz/angl_verze/constitution.html.

Çek Cumhuriyeti'nde bölgesel yönetimlerin ve siyasal organların Anayasa Mahkemesi'ne şikayet başvurusu yapabileceklerine dikkat etmek gerekir. Ancak bu şikayetler, yukarıda tartışılan bireysel anayasa şikayetleriyle karıştırılmamalıdır.

Macaristan,⁴⁰ Polonya,⁴¹ Slovenya,⁴² ve yakınlarda Slovakya,⁴³ idari ve adli kararlara karşı bireysel anayasa şikayetine izin vermişlerdir.

Alman Anayasası'nın 93(1)(4a) maddesi uyarınca Federal Anayasa Mahkemesi bu düzenlemede açıkça belirtilen temel haklarının ya da diğer haklarının ihlal edildiğini iddia eden bireylerin anayasa şikayetlerine bakma yetkisine sahiptir.⁴⁴ Federal Anayasa Mahkemesi'nin istikrar kazanmış kararlarına göre sıradan mahkemelerin kararlarına karşı da kamu otoritelerinin işlemlerinde olduğu gibi anayasa şikayetinde bulunulabilir. Bu yaklaşımın, Anayasa'nın 93(1)(4a) maddesinin geniş bir yorumu olduğuna dikkat edilmelidir. Avus-

⁴⁰ Macar Anayasa Mahkemesi Kanunu, maddeler 1(d) ve 48. Macar Anayasası'nın Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini detaylı olarak belirtmediğine dikkat ediniz.

⁴¹ Bkz. Polonya Anayasası'nın "anayasa ihlaller hakkındaki şikayetler" le ilgili 79(1) ve 188(5) maddeleri. Madde 79(1) uyarınca: "Kanunda belirlenen ilkelere uygun olarak, anayasal hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes Anayasa Mahkemesi'ne, bir mahkemenin ya da kamu organının özgürlükleri, hakları ya da yükümlülükleri hakkında nihai kararı verirken temel aldığı yasa ya da kanunun anyasaya uygunluğu için başvurma hakkına sahip olmalıdır. Yabancıların ve siyasi sığınmacıların hakları anayasa şikayeti yolu ile sağlanamaz. (Madde 79(2), Polonya Anayasası) İngilizce olarak burada bulunabilir; http://www.trybunal.gov.pl/eng/Legal_Basis/Const_eng.htm.

⁴² Slovenya Anayasası madde 160, İngilizce olarak burada bulunabilir; <http://www.us-rs.si/en/basisfr.html>.

Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 50(1): "Bu yasanın belirlediği koşullar altında herkes, insan haklarının ya da temel hürriyetlerinin belli bir devlet organının, yerel yönetimin, ya da kamu tüzelkişisinin bir işlemi ile ihlal edildiğine inanıyorsa Anayasa Mahkemesi'ne bir anayasal şikayette bulunabilir." İngilizce olarak burada bulunabilir; <http://www.us-rs.si/basis/act/acten.html#5>. Buna ek olarak, bir ombudsman da anayasal şikayette bulunabilir.

⁴³ Bireysel anayasa şikayeti Slovakya'ya Slovak Anayasası'nın 127. maddesine bir anayasa değişikliği ile Ocak 2002 de girmiştir.

⁴⁴ Daha da ötesi, Alman Anayasası madde 93(1)(4a)'ya göre anayasa şikayetleri madde 20 (4), 33, 38, 101, 103, veya 104'deki hakların ihlali için de gündeme getirilebilir.

Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu tam metninin İngilizcesi (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) burada bulunabilir; <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>.

RENATA
UITZ'İN
TEBLİĞİ

turya'da bunun aksine Anayasa Mahkemesi idari kararlara karşı anayasal şikayetlere bakar, fakat sıradan mahkemelerin kararlarına bakamaz.

Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 90(2) maddesinden çıkan genel bir kural olarak ancak, diğer bütün yollar tüketilmiş ise bir anayasa şikayeti gerçekleştirilebilir. Almanya'da anayasa şikayeti bir ay içinde yapılmalıdır.⁴⁵ Bir istisna olarak Federal Anayasa Mahkemesi eğer şikayet "herkesi ilgilendiriyorsa ve diğer mahkemelere işi havale etmek kaçınılmaz ve ciddi bir biçimde şikayetçinin aleyhine bir durum yaratacaksa" diğer yargı yollarının tüketilmiş olması şartını aramadan da bir şikayete bakabilir.⁴⁶ Post-komünist ülkelerde de bazı küçük farklarla benzer hükümlere rastlanabilir. Dilekçe verme süresi Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Slovenya'da 60 gün⁴⁷ iken Polonya'da 3 aydır.⁴⁸ İstisnai koşullar altında Slovenya yasası daha geç başvurulara izin vermektedir.⁴⁹

Alman modelini izleyen post-komünist anayasa mahkemeleri de tüm iç yargı yollarının tükenmesinin ardından anayasa şikayetine izin vermektedirler.⁵⁰ Bazı ülkelerde anayasa mahkemesine yönelmeden önce olağanüstü yargı mekanizmalarının tüketilip tüketilememesi konusunda farklı tavırlar

⁴⁵ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 93(1),

Ancak, 93 (3) Madde: "Eğer şikayet bir yasaya ya kendisine karşı yasal bir eylemde bulunulamayan özerk bir işleme karşı yapılmışsa, şikayet sadece kanunun ya da özerk işlemin ilanından sonraki bir yıl içerisinde gerçekleştirilebilir."

⁴⁶ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 90(2).

⁴⁷ 16 Haziran 1993 tarihli yasanın 72(2) Maddesi, No. 182/1993 Sb. Anayasa MAhkemesi. İngilizce olarak burada bulunabilir; http://www.concourt.cz/angl_verze/act.html.

Madde 48(2) Macar Anayasa Mahkemesi Kanunu, Madde 52(1) Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasası.

⁴⁸ 1 Ağustos 1997 Tarihli Polonya Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 46(1). İngilizce olarak burada bulunabilir; http://www.trybunal.gov.pl/eng/Legal_Basis/Act_Trib97.htm.

⁴⁹ Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasası, Madde 52(3).

⁵⁰ Bkz., örn. Polonya Anayasası, madde 79(1), Macar Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 48, Slovenya Anayasa Mahkemesi Yasası, madde 51(1).

sergilenmektedir. Yargının sağladığı tüm yargı yollarının tüketilmesi şartı yargının bütünlüğünü korumayı ve böylece yargı ile anayasa mahkemesi arasındaki çatışma potansiyelini en düşük düzeye indirmeyi amaçlamaktadır. Bu şart ayrıca, yargı içerisindeki hata düzeltme mekanizmalarının işlemesine de izin verir. Yine de, bir çok ülkedeki yargılama sürecinin uzunluğu göz önüne alındığında, bu şart, anayasaya uygun olmayan bir durumun uzun bir süre korunmasına ve geri dönüşü olmayan sonuçlara neden olabilir. Böyle bir durumu önlemek amacıyla, bazı ülkelerde olağanüstü yollardan anayasa mahkemelerine doğrudan erişme olağanağı da tanınmıştır.⁵¹

Bireylerin anayasa mahkemesine doğrudan erişebilmesi için aranan koşullar değişmektedir. Slovenya'da doğrudan erişim, olağanüstü yargı yolları tüketilmeden, olayı Anayasa Mahkemesi'ne götürme olanağı anlamına gelirken,⁵² Çek Cumhuriyeti'nde ancak şu koşullar gerçekleştiğinde bu mümkündür, "eğer: a) şikayet başvurusu, şikayete konu olayların meydana gelmesinden itibaren bir yıl içerisinde yapılmış olmak koşuluyla, şikayetin önemi şikayet sahibinin kişisel çıkarlarının çok ötesine geçiyorsa, ya da; b) (1). maddeye göre halihazırda işlemde olan çözümü süreci şikayet sahibinin kaçınılmaz ve ciddi bir biçimde zarar görmesine neden olacak kadar gecikmişse".⁵³ Çek istisnası özellikle ilginçtir, çünkü Anayasa Mahkemesi'nin davayı daha geniş bir kapsamda incelemesini talep eder ve böylece aslında Anayasa Mahkemesi'ni şikayete konu mahkeme kararının sınırlarının çok ötesinde bir soruşturma yürütmeye davet eder.

Olağanüstü doğrudan erişim mekanizması, potansiyel olarak anayasa mahkemesini, aslında olağan yargının en

⁵¹ Macar Anayasa Mahkemesi'ne olağanüstü doğrudan erişim yoktur.

⁵² Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 51(2).

⁵³ Çek Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 75(2). Genel bir kural olarak, Çek Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan önce tüm yollar tükenmiş olmalıdır. Çek Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 74.

Cf. Hırvat Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 31. maddesi, Anayasa Mahkemesi'nin geç başvuruları reddetmesini gerektirir.

tepesindeki mahkemeye verilmiş bulunan yargıyı yönetme pozisyonuna sokabilir Ancak, Güney Afrika Anayasa Mahkemesi'nin *Bruce'a v. Fleecytex*⁵⁴ davasındaki sözleri gerçek anlamda istisnai durumlarda doğrudan erişime izin verilmesinin anayasa mahkemesini ilgilendirebileceğini akla getirmektedir. Davada Güney Afrika Anayasa Mahkemesi şöyle demiştir:

*"İlk ve son derece mahkemesi olarak görev yapan bir mahkeme için hangi kararlara karşı hiç bir temyiz olanağı tanınmamış olduğu adaletin menfaati açısından olağan olarak önem taşımaz. Tecrübeler, ortaya konulmuş sorunları birden fazla mahkeme tartıştığında kararların doğruluğunun daha muhtemel olduğunu göstermektedir. Böyle durumlarda kaybeden taraf, daha önce ileri sürmüş olduğu iddialarını karar ışığında daha iyi bir biçimde yeniden değerlendirerek, ilk kararın dayandığı gerekçeye karşı temyize gidebilir."*⁵⁵

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, hakları korumak için çok güçlü bir araç olmakla birlikte, Federal Anayasa Mahkemesi'ne erişim kendiliğinden değildir: Davanın esasına ulaşmadan önce, Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kurulu davanın kabul edilebilirliğini onaylar.⁵⁶ Benzer yöntemler tüm post-komünist ülkelerde de kabul edilmiştir. Bu kabul edilebilirlik kararları genelde başvuru sahibinin kanun tarafından belirlenmiş kabul edilebilirlik kriterlerini sağlayıp sağlamadığının kontrolünden daha öteye gitmez. Bu ülkelerdeki kabul edilebilirlik kararları genellikle, common law (ortak hukuk) ülkelerindeki temyiz izni, ya da ABD Yüksek Mahkemesi'nin alt derece mahkemelerinden dava dosyasını incelemek üzere celbetmesinde olduğu gibi takdiri değildir.

Bununla birlikte, adli istastikler, kabul edilebilirlik için biçimsel kriterleri denetlemenin, ya da açıkça asılsız şika-

⁵⁴ *Bruce v. Fleecytex*, 1998 (2) SA 1143 (CC); 1998 (4) BCLR 415 (CC) at para 7.

⁵⁵ *Bruce v. Fleecytex*, supra note 52 at para 8.

⁵⁶ Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 93a.

yetleri reddetmenin (Polonya'da olduğu gibi) bile önemli bir eleme işlevi yerine getirdiğini göstermektedir.⁵⁷ Slovenya'da, 1995 yılında tüm anayasal şikayetlerin yüzde 10' u (205' te 25) kabul edilebilir bulunurken, 2000 de bu rakam yüzde 6 (450' de 27) olmuştur.⁵⁸ Polonya'da 1997 ve 2000 yılları arasında anayasa şikayetlerinden yüzde 13' ü (580' de 77) incelemeye alınmıştır ve yüzde 8' inde (580' de 48) lehte karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, bunun dışında bir avukatın yardımı olmaksızın hazırlanmış 1931 anayasa şikayeti mektubu almıştır.⁵⁹ Anayasa mahkemelerinin kendilerini yapılan anayasa şikayeti başvurularının sadece küçük bir kısmı ile ilgilenecek şekilde sınırlamaları bir çok farklı nedene dayanabilir ve çok farklı yönlerde yorumlanabilir. Bu konulara değinmek sunulan makalenin kapsamı dışındadır. Yine de, rakamlar ilk bakışta post-komünist ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin sıradan mahkemeler tarafından verilmiş kararları incelemek konusunda pek istekli görünmediklerini işaret etmektedir.

Bu çekingen yaklaşımın erdemi, anayasa mahkemelerinin tavrının anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasındaki doğrudan çatışmaları minimize etmesidir. Ancak, bu yaklaşımın altında saklı kötülük ise anayasa mahkemelerinin bu tür kararları incelemeyi sistematik olarak reddetmeleri ve anayasal hakların ihlali ile sonuçlanabilecek yargısal yorum eğilimleridir. Anayasa mahkemelerinin anayasa şikayetlerini red kararları yayımlanmadıkça, bu tür şüphelerin ortadan kaldırılması güçtür. Aslında bu son problem, bu makalede ele alınan diğer bir çok problem gibi sadece post-komünist ülkelere özgü değildir: ABD Yüksek Mahkemesi de alt derece

⁵⁷ Hırvat Anayasa Mahkemesi bu tür açık olmayan başvuruları geri çevirebilir. Bkz. Hırvat Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 18(2).

Kabul edilebilirlik kriterleri genelde zorunlu hukuki temsil (örn. Almanya, Polonya) yazılı bir form, sürecin geçmişi hakkında ekler ve ilgili yasal hükümleri içerir. Kural olarak, anayasa şikayetleri yazılı olarak yapılmalıdır.

⁵⁸ Bkz. *Slovenya Raporu* 29. paragraftaki tablo, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, *supra* note 8.

⁵⁹ http://www.trybunal.gov.pl/eng/Judicial_Decisions/statistics.htm. adresinde bulunabilir.

mahkemelerde görülen davaların kendi önüne getirilmesine yönelik celp taleplerini haklı nedenlere dayandırmadığı gerekçesiyle sık sık eleştirilmektedir.⁶⁰

Davayı açma şansının dışında, anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında çatışma yaratan konu elbette ki telafi meselesidir. Bir anayasa ihlaline karar verilmesi halinde anayasa mahkemesinin ne tür bir yaptırıma karar verdiğine bağlı olarak bireysel şikayetler ya gerçekten bir hak koruma vasıtası haline gelmekte ya da bir başka nadiren kullanılan yargısal yetki olmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi kabul edilebilirlik kriterlerini uygulamakta oldukça katı davranmasına rağmen, Almanya'da anayasa şikayeti sıkça kullanılmakta ve etkili bir yaptırım mekanizması oluşturmaktadır. Anayasa şikayeti usulünün popüler olmasının sebebi, kısmen Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir anayasa şikayetiyle ilgili olarak değişik yaptırımlara hükmedebilmesidir.

Anayasa şikayeti üzerine verilebilecek ön tedbirler ile davanın çözümünden sonra verilebilecek düzeltmeler birbirinden ayırt edilmelidir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 32(1) maddesi, "*ciddi bir zararın doğmasını engellemek, mevcut bir etkiyi savuşturmak ya da kanun referalı açısından önemli başka herhangi bir neden gerektirdiğinde, konuyla ilgili olarak geçici bir karar verebilir*" demektedir.⁶¹ Bir anayasa şikayeti üzerine, bir yasanın yürütülmesinin durdurulması yönünde de geçici tedbir kararı verilebilir.⁶² Bazı post-komünist anayasa mah-

⁶⁰ Bir alt derecedeki mahkemenin gördüğü bir davanın dosyasının bir üst mahkemede incelenmek üzere celbini reddeden kararlara karşı oylar nadirdir ve mahkeme içerisindeki aşırı gerilime işaret eder. Almanya'da da anayasa şikayetini reddetmek için sebep gerekmemektedir. Bkz. Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 93d(1).

⁶¹ Bkz. Daha fazla bilgi için Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 37(2). maddesi. Eğer bir daire yeterli çoğunluğu sağlayamazsa, özellikle acil durumlarda üç yargıç mevcutsa ve oybirliği ile karar alırlarsa geçici bir tedbir kararı alınabilir. Kararın geçerliliği bir ay sonra kalkmalıdır. Daire tarafından onaylandığı takdirde, yayın tarihinden altı ay sonra yürürlükten kalkabilir.

⁶² Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 93d(2).

kemelerinin de geçici tedbir kararı alma yetkileri bulunmaktadır. Slovenya Anayasa Mahkemesi, *"uygulamanın başlaması telafisi mümkün olmayan zararlı sonuçlara neden olabilecek ise"* bir ön tedbir olarak, itiraz edilen yasanın yürürlüğe girmesini de askıya alabilir.⁶³

Polonya Anayasa Mahkemesi ise, *"adı geçen hüküm, karar ya da başka bir kuralın uygulanması şikayette bulunan şahsı onarılmaz bir zarara uğratacaksa veya hayati bir kamu yararı ya da şikayette bulunanın lehine hayati bir menfaat söz konusu ise"* itiraz edilen bir kararın uygulanmasını durdurmak için geçici tedbir kararı alabilir.⁶⁴

Benzer şekilde, Çek Anayasa Mahkemesi'nde bir anayasa şikayeti başvurusu yapmak kendiliğinden itiraz edilen uygulamayı askıya alacak etkiye sahip olmasa da,⁶⁵ şikayetçinin isteği üzerine, Anayasa Mahkemesi *"bunun yapılması önemli kamusal çıkarlarla çelişmiyorsa ve şikayetçinin kararın uygulanmasından ya da üçüncü bir şahsa tanınan haktan yararlanılmasından dolayı uğrayacağı zarar, kararın yürürlüğünün durdurulması halinde diğer kişilerin uğrayacağı zarardan orantısız bir biçimde daha ağır ise"* kararın yürürlüğünü durdurabilir.⁶⁶ Dahası, Çek Anayasa Mahkemesi, *"anayasa şikayeti bir kamu otoritesinin kararı dışında onun bir tecavüzü nedeniyle gerçekleşmiş ise, tehdit konusu ciddi zarar ya da ziyanı defetmek, tehdit konusu müdehaleyi önceden engellemek ya da diğer başka önemli bir kamu çıkarı nedeni ile kamu otoritesini faaliyetine devam etmekten men edebilir."*⁶⁷

Özetlemek gerekirse, Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Slovenya Anayasa Mahkemesi itiraz edilen yasanın yürürlüğünü durdurabilirken, Polonya ve Çek anayasa mahkemeleri itiraz edilen işlemin durdurulması için tedbir kararı uygulayabilir. Çek Anayasa Mahkemesi'nin yetkisinin, itiraz-

⁶³ Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 39.

⁶⁴ Polonya Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 50(1).

⁶⁵ Çek Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 79(2).

⁶⁶ Çek Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 79(2).

⁶⁷ Çek Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 80(1).

da adı geçmeyen kamu otoritelerinin de faaliyetlerini kapsadığına dikkat edilmelidir.

Eğer anayasa şikayeti onaylanırsa, Federal Anayasa Mahkemesi kamu otoritesinin hangi faaliyet ya da ihmalinin anayasa hükümlerini ihlal ettiğini belirtmelidir.⁶⁸ Aynı zamanda, Federal Anayasa Mahkemesi itiraz edilen kararı iptal ve "meseleyi yetkili bir mahkemeye havale etmelidir"⁶⁹ ve yasayı geçersiz ve hükümsüz bulmalıdır.⁷⁰ Bu nedenle Federal Anayasa Mahkemesi bireysel anayasa şikayeti hakkındaki kararında bir temiz mahkemesi olarak faaliyet göstermez. Bunun yerine, Alman Anayasa Mahkemesi sıradan mahkemelerin hukuk kurallarını Anayasa'ya uygun bir şekilde uygulayıp uygulamadıklarını denetler. Belirli bazı durumlarda Anayasa Mahkemesi gerçek dava çerçevesinde ilkelerin nasıl uygulanacağını gösterse de, Anayasa Mahkemesi'nin kararı alt derecedeki mahkemenin kararının yerini almaz.⁷¹ Diğer ülkelerde de anayasa şikayeti üzerine benzer hukuki yollar bulunmaktadır.

Anayasa şikayeti üzerine verilen hükümlerin önemi en iyi aşağıdaki örnekte görülmektedir. Macar Anayasa Mahkemesi aynı zamanda anayasa şikayetlerine de bakmasına rağmen, 1999 da bireysel anayasa şikayetlerinde hukuki yollara ilişkin bir yasa yapıncaya kadar, Anayasa Mahkemesi Kanunu'ndaki düzenlemelere göre sadece ceza davalarında bireyselleştirilmiş kararlar verebilmiştir.⁷² Eski bir davada, açık kanuni bir yetkilendirme olmamasına rağmen, Macar Anayasa Mahkemesi alt derece mahkemesinin kararını ve buna bağlı doğum kaydını iptal etmeyi bireyselleştirilmiş bir çözüm olarak düşünmüştür.⁷³

⁶⁸ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 95(1).

⁶⁹ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 95(2).

⁷⁰ Federal Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 95(3).

⁷¹ Bkz. örn. Luth, BVerfGE 7, 198 (1958). İngilizce olarak Kommers, *The Constitutional Jurisprudence*, supra note 19, 361-368.

⁷² Act No. 45 of 1999.

⁷³ 57/1991 (XI. 8.) AB kararı, Janossy davası. İngilizce olarak Laszlo Solyom - Georg Brunner, *Constitutional Judiciary In A New Democracy, The Hungarian Constitutional Court* (2000).

Bu karar o kadar fazla eleştiri ve düşmanlık uyandırmıştır ki, Anayasa Mahkemesi bir daha benzer bir harekete teşebbüs etmemiştir. Bunun yerine Macar Anayasa Mahkemesi Anayasa Mahkemesi Kanunu'nun 43(4) maddesine dayanarak, bireysel şikayetçileri diğer tüm davalarda (*erga omnes*) geçerli olan hükümsüzlük tarihine bakılmaksızın, anayasaya aykırı olan normun uygulanmasından muaf tutma eğilimindedir.⁷⁴ Daha sonraki bir davada, Anayasa Mahkemesi bir şikayetçi için olağanüstü bir hukuki yol açmaya karar vermiş ve şikayetçinin davasının mahkemede olağanüstü temyiz usulüne göre yeniden görülmesine hükmetmiştir.⁷⁵ Fakat, sıradan mahkemeler Ceza Yargılaması Kanunu böyle bir olağanüstü temyize yer vermediği için, davayı yeniden görmeyi reddetmişlerdir.⁷⁶

Bireysel hukuki çözümün yokluğunda, Macar başvuru sahipleri bireysel başvuru yerine bir *actio popularis* başvurusu yapmaya da karar verebilirler.⁷⁷ Bu şekilde, başvuru sahipleri bireysel şikayetler için söz konusu olan daha katı kabul edilebilirlik kriterlerini yerine getirmek zorunda kalmazlar. Yine de, soyut norm denetimi yönteminde Macar Anayasa Mahkemesi bir yasa hükmünün bir davada anayasaya uygun şekilde uygulanıp uygulanmadığını incelemek zorunda değildir. Aynı zamanda, Anayasa Mahkemesi yasanın anayasaya aykırı olduğunu belirlerse, anayasaya aykırı durumu Anayasa Mahkemesi'nin önüne getiren şikayetçi - iptal edilen normun uygulanmasından dolayı zarara uğramış olsa bile- bir çözüm elde etmez. Bu nedenle, Macaristan'daki durum mevcut hukuki yollardaki eksikliğin, başvuru sahiplerini bireysel anayasa şikayeti yolu ile anayasal haklarını aramaktan caydırabileceğini göstermektedir.

⁷⁴ Bkz. örn. 32/1990 (XII. 22.) AB kararı, 25/1993 (IV. 23.) AB kararı, 39/1994 (VI. 30.) AB kararı.

⁷⁵ 23/1995 (IV. 5.) AB kararı.

⁷⁶ 28/1998 (VI. 9.) AB kararı.

⁷⁷ Macar Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 21(1), herhangi bir kişi soyut bir inceleme prosedüründeki normlara itiraz edebilir.

Anayasa Mahkemesine Yargısal Başvurular (İtiraz Yolu)

Bireysel anayasa şikayetleriyle kıyaslandığında yargısal başvurular yargı sistemi üzerinde daha az rahatsızlık yaratmaktadır. Sonuçta, uygulanacak normun anayasaya uygunluğu kuşkulu olduğunda başvuru yapıp yapmamaya karar verecek olan sıradan mahkemedir. Ulusal kurallara bağlı olarak, bu tür başvurular sadece en yüksek mahkeme ya da daha alt derecedeki herhangi bir mahkeme tarafından yapılabilir. Çoğu post-komünist ülkede genelde tüm sıradan mahkemeler anayasa mahkemesine başvuru yapabilirlerken, Avusturya'da yasaların anayasaya uygunluğu hakkında başvurular sadece temyiz mahkemeleri ve Yüksek Mahkeme tarafından yapılabilir. Alt derecedeki mahkemeler yönetmeliklerin (düzenleyici işlemlerin) anayasaya uygunluğu hakkında sorular yöneltebilirler.⁷⁸ Hırvatistan'da herhangi bir mahkeme Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapabilirken, Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir talep hakkında Yüksek Mahkeme'ye bilgi vermesi gereklidir.⁷⁹

Yargıdan gelen anayasaya aykırılık itirazlarının anayasa mahkemeleri ile yüksek mahkemeler arasında çatışmalara yol açıp açmadığını incelemek için, anayasa mahkemelerinin itirazın içeriği ile bağlı olup olmadığına ve eğer bağlı ise ne ölçüde bağlı olduğuna ve ayrıca sıradan mahkemelerin anayasaya aykırılık itirazında bulunabileceği veya bulunmak zorunda olduğu koşulların neler olduğuna bakmak ilginç olacaktır. Bu soruların cevapları, bir anayasa mahkemesinin basit bir itiraz başvurusu ile yargı sisteminin işleyişine ne kadar müdahale edebileceği konusunda en azından bir fikir verebilir.

Anayasa mahkemesi, mahkemelerden gelen itirazların içeriği ile sıkı bir şekilde bağlı ise, kapısına kadar getirilmiş anayasal bir soruna dahi ulaşamayabilir. Anayasa mahkemesinin incelemesini sıkı bir şekilde itiraza bağlamak, anayasa

⁷⁸ Bkz. Avusturya Anayasası Madde 89(2). İngilizce olarak burada bulunabilir; http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/au00000_.html#P002_

⁷⁹ Hırvat Anayasa Mahkemesi Kanunu, madde 35(3).

mahkemesinin sadece itirazda sözü edilen hükümleri göz önüne alabilmesi anlamına gelir. Ayrıca, anayasa mahkemesi ilgili hükümleri sadece başvuruyu yapan mahkemenin gerekçelerine dayanarak anayasaya aykırı bulabilir. Bu yaklaşım, sıradan mahkemelerin işine düşük düzeyde müdahaleye izin verir. Yine de, post-komünist ülkelerde anayasa mahkemelelerinin oluşturulmalarının ana nedenlerinden birisinin sıradan mahkemelerin anayasal meseleleri uygun şekilde ele alamayacakları korkusu olduğu göz önüne alınırsa, böyle bir çözüm itiraz yolunu verimsiz hale getirebilir. Diğer taraftan, anayasa mahkemelerini itirazın şartlarından tümüyle bağımsız kılmak, anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasında ciddi çatışmalara neden olabilir.

Bir yargısal yaklaşım olarak, Polonya Anayasa mahkemesi sıradan mahkemenin isteği ile daha fazla noktada bağlanmıştı: Anayasa Mahkemesi yalnızca başvuru yapan mahkeme tarafından sözü edilen yasa hükümlerini denetleyebilir ve Mahkeme aynı zamanda itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin belirttiği anayasaya aykırılık gerekçeleri ile de bağlıdır.⁸⁰ Çek Anayasa Mahkemesi daha fazla özgürdür: Çek Anayasa Mahkemesi sıradan mahkemelerin isteklerini genişletemez ve sıradan mahkemenin itiraz başvurusunda değinilmeyen hükümlerin anayasa uygunluğunu değerlendiremez. Ancak, Çek Anayasa Mahkemesi itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin gerekçesi ile bağlı değildir.⁸¹

Bu çözümlerin aksine, Slovenya Anayasa Mahkemesi itirazda bulunan mahkemenin itirazının içeriği ile bağlı değildir. Aslında, Slovenya Anayasa Mahkemesi'nin başvuru yapan mahkeme için anayasaya uygunluğu kuşkulu olan hükümler ile ilgili tüm kuralları kendiliğinden (*ex officio*) incelemesi gerekir ("*bağlantılı konular prensibi*"⁸²). Slovenya Anayasa Mahkemesi

⁸⁰ Bkz. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı *Polonya Raporu*, paragraf 18, *supra* note 34.

⁸¹ Bkz. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, *Çek Cumhuriyeti Raporu*, paragraf 20, *supra* note 10.

⁸² Slovenya Anayasa Mahkemesi Kanunu madde 30: "Anayasa Mahkemesi,

başvuru sahibi mahkemenin görüşlerine itibar etmemezlik edemez, başvuru sahibi mahkemenin görüşlerini etkili bir şekilde bertaraf etmelidir. Bununla birlikte, Slovenya Anayasa Mahkemesi anayasaya aykırılık konusunda farklı gerekçeler bulabilir.⁸³

Pasquino'nun belirttiği gibi, itiraz başvurusunda gerçek farkı oluşturan anayasa mahkemesine yöneltilen sorunun ulaşması gereken "kuşku eşiği" dir. Bir yargıcın davayı İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne göndermesi için, yasanın anayasaya uygunluğu ve uygulanmasının potansiyel etkileri hakkında "makul kuşku" duyması yeterlidir. Bunun aksine Alman yargıçar daha yüksek bir kuşku eşiğini geçmek zorundadır. İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne sıradan mahkemelerden gelen başvurular dolup taşmakta iken, Almanya'da başvurular seyrek, hatta biçimsel olarak ortadan kaldırılma noktasına gelmektedir.⁸⁴ Kanıt eşiği probleminden başka, anayasaya aykırılık itirazları yarardan çok zarara neden olabilirler. Anayasa mahkemesi yargılamasına ilişkin belli bir zaman sınırlaması olmaması durumunda, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yapılmasına neden olan dava anayasa mahkemesinin anayasal sorunu çözümlemesine kadar yıllarca beklemede kalabilir. Bu durum hakların korunmasına katkı sağlamayan bir etkidir.

bir düzenlemenin ya da bir kamusal yetkinin kullanımı için yapılmış bir genel işlemin anayasaya uygunluğunu ve hukukiliğini denetlerken, bu talep ya da başvuruda ileri sürülen görüşlerle bağlı değildir. Anayasa Mahkemesi, bu ya da diğer düzenleyici işlemlerin ya da bir kamusal yetkinin kullanımı için yapılmış genel işlemlerin anayasaya uygunluğunu veya hukukiliğini değerlendirirken, bunlarla karşılıklı olarak ilgili bulunan, ya da eldeki sorunun çözümü için aciliyet bulunduğu durumlarda, değerlendirilmek üzere önüne getirilmemiş bu tür işlemlerin de anayasallığını ve hukukiliğini değerlendirme yetkisine sahiptir."

⁸³ Bkz. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, *Slovenya Raporu*, paragraf 17.

⁸⁴ Pasquale Pasquino, *Access to Constitutional Courts*, 3 (conference paper, Washington University, St. Louis) at <http://law.wustl.edu/igls/Conconfpapers/Pasquino.pdf>; also, Herbert Hausmaninger, *Judicial Referral of Constitutional Questions in Austria, Germany and Russia*, 12 TUL. EUR. & CIV. L F. 25, 32 (1997).

Anayasaya aykırılık itirazı ile ilgili önemli bir diğer konu da sıradan mahkemelerin davaları anayasa mahkemesine gönderme konusunda takdir yetkisi ne mi sahip oldukları, ya da bu tür itiraz başvurularının zorunlu mu olduğu sorusudur. Çek Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti yoluyla önüne gelmiş bir davada, dava hakiminin olağan dava sürecinde soruyu anayasa mahkemesine yönlendirmemekle hata işlediğine karar vermiştir. Çek Anayasa Mahkemesi'nin kararı sıradan mahkemelerin anayasaya aykırılık itirazı başvurularına karar vermekte takdir haklarının sınırsız olmadığını açıkça belirtmektedir.⁸⁵ Öte yandan, dava aynı zamanda anayasa şikayetinin itiraz yolunu destekleyebileceğini de göstermektedir. Çek davasının gösterdiği gibi, dava mahkemesi bir anayasaya uygunluk sorusunu anayasa mahkemesine yönlendirmeyi reddettiği durumlarda bireysel şikayet de bir hukuki yol olabilir. Bir anayasa şikayeti olmadan, böyle bir ihlale karşı başka hiç bir çözüm getirilemeyeceğine de dikkat çekmek gerekir.⁸⁶ Bu nedenle, anayasal adalete erişimin bu iki yolu, hakların korunması şansını yükselten bir şekilde bir arada var olabilirler.

Bireylerin Anayasa Mahkemelerine Erişimlerinin Yeniden Değerlendirilmesi

Yukarıdaki örneklerde görüldüğü gibi, bireysel anayasa şikayetleri ve yargısal itiraz başvuruları anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasında ciddi gerilimler yaratabilmektedir. Bu nedenle, bireylerin anayasa mahkemelerine erişimlerine izin verilmesinin rolüne bakmak önemli olabilir.⁸⁷ Bu noktada, post-komünist ülkelerde, anayasa mahkemeleri dışında, hakların korunması için pek fazla alternatif mevcut olmadığını da belirtmek gerekir.⁸⁸ Bu nedenle, anayasaya uy-

⁸⁵ 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Çek Cumhuriyeti Raporu 12. paragrafında tartışılmıştır.

⁸⁶ Bkz. örn. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Slovenya raporu, paragraf 11.

⁸⁷ Sonuçta, son yıllarda Fransa'da bireylerin Anayasa Mahkemesi'ne erişimi reddedilmiştir.

⁸⁸ Polonyalı ombudsman bir istisna olmasına rağmen, bir çok ülkede om-

gunluk denetimi mekanizmalarının post-komünist ülkelerde hakların korunması için en önemli kurumları oluşturduğunu iddia etmek mümkündür.

Bunun dışında, hakların korunması, hala anayasaya uygunluk denetimini meşrulaştırmak için en çok başvurulan haklılaştırma nedenidir. Ely'nin temsili güçlendirme teorisi gibi minimalist teşebbüsler bile, "farklı ve tecrit edilmiş azınlıkların" haklarını korumanın, karşı-çoğunlukçu bir kuruma, demokratik yöntemlerle seçilmiş devlet organlarının işleyişlerine karışmak için meşru bir zemin sağladığını ifade etmektedirler.⁸⁹ Bunlara ek olarak, yargısal aktivizm, hakların korunmasına yönelik düşüncelere dayanarak güçlü bir biçimde savunulmaktadır.

Bazı pratik endişeler de bireylerin anayasa mahkemelerine erişimini destekler görünmektedirler. Somut norm denetiminin soyut norm denetiminden daha iyi olduğunu savunan en yaygın görüş, gerçek bir davadaki olayları ve itiraz edilen normların uygulanma biçiminin, sorunları denetim aşaması için daha iyi betimlediğini ve normların anayasaya uygunluğuna ilişkin kararın daha çok bilgiye dayanarak verilmesini sağladığını savunmaktadır.⁹⁰ Önceki Anayasa Mahkemesi Başkanı Solyom'un Macar Anayasa Mahkemesi içtihadının soyut norm denetimine ilişkin bölümüyle ilgili olarak belirttiği gibi, pek çok örnek, bir iptal davası dilekçesinde (soyut norm denetimi başvurusunda (ç.n.)) somut norm denetimi davalarının izini sürmek mümkündür.⁹¹ Ancak, bu gözlemin Macar

budsmanların benzer bir pozisyona sahip olmadıklarını ve aynı zamanda bir ombudsmanın başarısının, hukuki araçlarla sağlanması ya da gerçekleşmesi zor olan kendi yetenekleri ve meşruiyetine bağlı olduğunu görmek önemlidir.

⁸⁹ John Hart Ely, *Democracy And Distrust, A Theory Of Judicial Review* (1980).

⁹⁰ Örn. Wolfgang Zeidler, *The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany, Decisions on the Constitutionality of Legal Norms*, 62 *Notre Dame L. Rev.* 504, 505 (1987).

⁹¹ Laszlo Solyom, *Az Alkotmánybirosag hataskorenek sajatossaga* [The peculiarity of the jurisdiction of the Constitutional Court], 5-34, in: *Tanulmányok*

örneğindeki bireysel hukuki çözümlerin eksikliği ışığında yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ayrıca anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin kanunun lafzını farklı açılardan okudukları dikkate alınmalıdır. Kamusal kişilerin rollerinin ve memurlara karşı iftira yasağında gerçeğin savunulmasının öneminin değerlendirilmesinde,⁹² Macar Anayasa Mahkemesi ve Macar yüksek Mahkemesi şaşırıcı derecede farklı konumlar almışlardır. Anayasa Mahkemesi, ceza normunun anayasallığını denetlerken, memurlar hakkında konuşmanın kamu meseleleri hakkında konuşmak olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi kullanarak memurların itibarlarının sıradan kişilerinkinden daha düşük bir anayasal koruma altında olduğu sonucuna varmıştır.⁹³ Ancak Macaristan Yüksek Mahkemesi iftira içeren bir konuşmanın kamusal söyleve katkısını göz önünde bulundurmamıştır. Bunun yerine, Yüksek Mahkeme sözde iftira içeren ifadenin bir gerçeğin ifadesi mi, yoksa bir görüşün açıklanması mı olduğunu incelemek için belli standartlara bakmaktadır.⁹⁴

Anayasa Mahkemesi'ne göre bir beyanın bir kişinin itibarını zedeleyebilmesi öznel (kavramsal) bir faktördür. Yüksek Mahkeme, gerçeğin savunulmasını cezai sorumluluk için uygun bir vasıta olarak görürken, Anayasa Mahkemesi gerçeği savunmanın ifade özgürlüğüne - kısmen takdir hakkına çok fazla alan bıraktığı için- orantısız bir sınırlama getirdiği görüşündedir.

Bundan başka, post-komünist ülkelerin bir çoğunda, hak taleplerine ülke içinde etkin hukuki yollar tanınmadığında, bunların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne götürülebileceği bilindiğinden, anayasal haklara tecavüzlerde etkin hukuki yolların eksikliğinin istikbali pek parlak görünmemektedir.

Benedek Ferenc Tiszteletére [Essays in the Honor of Ferenc Benedek] 22 (1996).

⁹² 1978 tarihli ve 4 numaralı Ceza Kanunu, madde 232.

⁹³ 36/1994 (VI. 24.) AB kararı.

⁹⁴ BH 1994.171.

3. Anayasa Mahkemelerinden Daha İleri Rehberlik: Yasaların Anayasaya Uygun Yorumu

Yukarıdaki analiz, anayasa mahkemelerinin doğrudan sıradan mahkemelerin kararları ya da örgütleri ile ilgilendikleri durumları kapsamaktadır. Ancak, anayasa yargısında anayasa mahkemelerinin sıradan mahkemelerin alanına dolaylı yollar-
dan girdikleri bir çok örnek durum vardır. Bu tür anayasaya uygunluk denetimi teşebbüsleri yüksek mahkemeler tarafından her zaman hoş karşılanmamaktadır. Örneğin Slovakya Yüksek Mahkemesi, “Anayasa Mahkemesi’nin kendi işlemlerine konu olan olaylar yönünden yaptığı denetimi, denetimin kapsamına girmedığı görüşü ile uygunsuz” bulmaktadır.⁹⁵

Anayasaya Uygun Yorum İçin Koşullar

Anayasa mahkemeleri tarafından sıradan mahkemelerin işlerine karışmak için geliştirilmiş başka bir yol da mahkemelere hukuki bir normum belli bir yorumunu uygulamaları talimatını vermektir. Bu, genellikle normun sadece birisi anayasaya uygun olan birden fazla akla yakın yorumu olduğunda gerçekleşir. Kanada’da [*‘reading down’* ve *‘reading in’*],⁹⁶ Fransa’da [*‘sous reserve’*],⁹⁷ Almanya’da [*‘verfassungskonforme*

⁹⁵ Avrupa Mahkemeleri’nin Uygulamaya Müdahalesi de Dahil Olmak Üzere Anayasa Mahkemeleri ve Diğer Ulusal Mahkemeler Arasındaki İlişki, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Kongresi için hazırlanan Slovak Cumhuriyeti Raporu, [*The Relations Between Constitutional Courts And Other National Courts, Including The Interference In The Area Of The Action Of The European Courts, Report Of The Constitutional Court Of The Slovak Republic Prepared For The 12th Congress Of The Conference Of European Constitutional Courts*], İngilizce olarak burada bulunabilir; <http://www.confcoconsteu.org/reports/Slovakije-EN.pdf>.

⁹⁶ “Reading down” için bkz., örn. *McKay v. Queen*, [1965] S.C.R. 798: eğer bir kanunlaştırma “kanunlaştırmayı yapan kurumun yetkileri içinde kısıtlanmış bir anlam kazanabiliyorsa, buna göre yorumlanmalıdır...”

“Reading in” için önde gelen dava *Schachter v. Canada* davasıdır, [1992] 2 S.C.R. 679 [babalık hakları]. Ayrıca bkz. *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493 [bir ‘read in’ zemini olarak cinsel tercih izin verilemez bir ayrımcılıktır].

⁹⁷ Anayasa konseyi tekniği çok önceden, DC 59-2 du 17, 18 et 24 juin 1959’ da House Rules’in anayasaya uygunluğunu inceleyen uygulamıştır. Daha

Auslegung'],⁹⁸ Polonya⁹⁹ ve Macaristan'da [*anayasaya uyum şartı başvurusu*' ve *anayasaya uygun yorum koşulu*']¹⁰⁰ gibi çözümler anayasal denetim mekanizmaları tarafından icad edilmiş çözümlerdir. Çek Anayasa Mahkemesi bir kararında açıkça şöyle demiştir:

*"Yasal bir düzenlemenin iki değişik yorumu mümkün olduğunda, ve bunlardan birisi anayasal düzenlemelere ve uluslararası anlaşmalara uygun olduğunda... ve diğeri bunlarla çeliştiğinde, bu hükmün iptali için bir sebep yoktur. Bu hükmü uygularken mahkemelerin görevi hükmü anayasaya uygun şekilde yorumlamaktır."*¹⁰¹

Macar Anayasa Mahkemesi benzer bir şekilde:

*"Anayasa Mahkemesi bir normun anayasaya uygunluğunu inceleyen anayasaya uygunluk kriterlerini belirtmelidir... Eğer normun anayasaya uygunluğu eksikliğinden ya da açık olmamasından dolayı sorgulanıyorsa, Anayasa Mahkemesi normun anayasaya uygun yorumunun kapsamını açıkça belirlemeli ve normun sağlaması gereken yorumun bu anayasal koşullarını belirlemelidir."*¹⁰² demektedir.

Bu arada Macar Anayasa Mahkemesi anayasaya uygunluk başvurularının koşullarını başka bir yargı icadı ilke olan yürürlükteki yasayı muhafaza etme tercihi ile birleştirmiştir.¹⁰³

sonra da Anayasa Konseyi aynı tekniği bir çok davada kullanmıştır. Bkz. *Favoreu-philip, Grandes Decisions*, 45.

⁹⁸ Bkz. örn. *Emergency Price Control* [8 BVerfGE 274 (1958)]. In *kommers, the constitutional jurisprudence*, *supra* note 19, 137-139.

⁹⁹ Bkz. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Polonya Raporu, *supra* note 34.

¹⁰⁰ Anayasaya uygun yorum koşulu, bir *sui generis* yaptırım olarak Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilmiştir. Andras Hollo, *Az Alkotmánybíroság, Alkotmánybíroság Magyarországon* [The Constitutional Court, Constitutional Review in Hungary] 72 (1997).

¹⁰¹ Karar Pl. US 48/95, 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Çek raporu paragraf 41 den alıntı.

¹⁰² 38/1993 (VI. 11.) yargıçların ve adli memurların atanmaları ile ilgili bazı normların anayasaya uygunlukları hakkında AB kararı, ABH 1993, 266 [Baş Yargıç Solyom'un görüşü].

¹⁰³ 22/1995 (III. 31.) AB kararı, ABH 1995, 113.

Hakim Zeidler'e göre, Alman Anayasa Mahkemesi daha önce olağan mahkemeler tarafından reddedilen bir yorumun anayasaya uygun yorum olduğuna hükmedebilir, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenen koşullar düzenlemenin lafzı ve "yasamanın açık bir biçimde ortaya konmuş iradesi" ile çelişmemelidir.¹⁰⁴ Slovenya Anayasa Mahkemesi anayasaya uygun yorumun koşullarını belirlerken bir hukuk kuralının mahkemeler tarafından kullanılan yorumlarından ayrılabilir.¹⁰⁵ Mahkemeler tarafından sağlanan yorumdan böylesi bir sapma, sıklıkla anayasal ihlalin sıradan mahkemeler tarafından izlenen belirli bir yorumdan kaynaklıyor olmasına dayanır. Laszlo Solyom'a (Macar Anayasa mahkemesi önceki başkanı) göre, Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygun başvuru koşullarını belirlemekle, sıradan mahkemelerin içtihadını anayasaya uygunluk denetimi seviyesine yükseltilebileceği tüm davalarda, sıradan mahkemelerin içtihadını denetlemenin bir yolunu bulmuştur.¹⁰⁶

Bu çözümler genelde anayasaya aykırılığı iddia edilen normun anayasaya uygun olduğu karinesine dayanır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin deyişi ile:

*"Sadece bir yasanın Anayasa'ya uygunluğunun değil, ama aynı zamanda bu karinede ifadesini bulan ilkenin varsayılması için, kuşku duyulması durumunda yasa Anayasa'ya uygun olarak yorumlanır."*¹⁰⁷

Alternatif olarak, böyle bir çözüm hukuk sisteminin bütünlüğünü koruma tercihinine dayalı olabilir. Kuşkusuz, bu çözümler geçersiz kılınan kanunların miktarını kısıtlamayı amaçlar ve bu yargısal itaatin erdemi olarak görülen bir amaçtır.

¹⁰⁴ Zeidler, *supra* note 88.

¹⁰⁵ 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Slovenya Raporu para 26, *supra* note 8.

¹⁰⁶ Solyom, *Az Alkotmanybirosag hataskorenek sajatossaga*, *supra* note 89, 30.

¹⁰⁷ Almanların Federal Alman Cumhuriyeti ülkesine geçici uyum süreci, BVerfGE 2, 266, 282. 12. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı Alman Raporunun 41. paragrafından alıntı.

Ancak, anayasa mahkemesi tarafından eklenmiş bir anayasaya uygun yorum koşulunun, halihazırda mevcut bir norma ekleme olmaktan öte bir şey olarak görülmesi zor bir olasılıktır. Bunun yanında, anayasaya uygun yorumun koşulları, aykırılığı iddia edilen normu uygulaması beklenenlere doğrudan yükler getirir. Bu bağlamda, sadece kendisine gönderilenin anayasaya uygunluk başvurusu koşullarına uyabilme kapasitesi değil, aynı zamanda uyumsuzluk durumunda koşulun uygulanabilirliği de sorgulanabilir. Sonuçta, böyle durumlarda anayasa mahkemeleri anayasaya aykırılığı kabul edilmiş ve anayasallığı anayasa mahkemesi tarafından belirlenmiş bir koşulun yerine getirilmesine bağlı olan bir normu destekleyebilir. Buna ek olarak, Kanada Yüksek Mahkemesi dışında, anayasal denetim mekanizmalarının bir çoğu, kanun tarafından sağlanmış bir çözüm ya da onay olarak hukuki bir normun anayasallığını desteklemek için bir koşul düzenleme yetkisine sahip değildirlir.¹⁰⁸

Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararının bağlayıcı gücü hakkında emin olmadığında, durum tümüyle daha rahatsız edici hale gelmektedir. Bu bağlamda Çek Anayasa Mahkemesi şunları söylemektedir:

"Hukukun halihazırdaki durumuna ve anayasa yargısının condition sine qua non durumunu temsil etmesi gerçeğine rağmen, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliğinin meselenin ardındaki zorluklara katkısı az değildir.

Hem teori, hem de pratikte, bağlayıcı gücün yorumu ile ilgili sorunlar, özellikle ve her şeyden öte her seviyedeki sıradan mahkeme-

¹⁰⁸ Kanada Mahkemelerinin koşullar gerektirdiğinde uygun gördükleri herhangi bir çareyi geliştirmek için genel bir anayasal yetkileri vardır [S.24, Canadian Charter of Rights and Freedoms].

Bill No. T/3067'nin 52. maddesi sıradışı bir önlem olarak yeni bir Macar Anayasa Mahkemesi kanunu teklif etmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukukun üstünlüğünü ihlal etmediği sürece bir anayasaya uygunluk koşuluna hükmedebilir. Bu düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin halihazırdaki anayasaya uygunluk koşulu bildirme yetkilerinden daha kısıtlı ifade edilmiştir.

lerin içtihadı ile ilgili olanlar, hala açıklık kazanmadan kalmaktadır. Bunun bir kaç nedeni bulunmaktadır: bunlar arasında Anayasa Mahkemesi'nin sıradan bir mahkemenin bir kararını iptal etmesi halinde aynı sorun için daha sonraki yargılamalarda doğrudan aynı usulün sürmesine neden olacak biçimde uyumsuzluk içeren usul yasaları (genel yargısal yetkinin her iki kanadında da) bulunmaktadır. Yukarıda belirtilen tartışmaların tümü, yalnızca Anayasa Mahkemesi kararlarının "mutlak" bağlayıcı gücü ile ilgilidir ve fakat belirli bir sorunla (esasla) ilgili olarak Anayasa Mahkemesi tarafından hükmedilmiş bir kararın bağlayıcı gücü ile ilgili değildir."¹⁰⁹

Benzer bir problem, Yüksek Mahkeme, Anayasa Mahkemesi ile işbirliği yapmayı tümüyle reddettiğinde Hırvatistan'da görülmüştür.¹¹⁰ 1995'te, Yüksek Mahkeme'nin Özel Hukuk bölümünün genel oturumunda, oybirliği ile Anayasa Mahkemesi'nin Yüksek Mühkeme'nin kararını iptal ettiği kararındaki gerekçenin sıradan mahkemeleri bağlamıyacağına karar vermiştir. 1991 tarihli Anayasa Mahkemesi Yasası Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu belirtir, fakat yasanın kendisi de karara yol açan 'gerekçeden' söz etmez. Sadece Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünde gerekçenin de bağlayıcı olduğundan söz edilir.¹¹¹ Bu anlaşmazlıktan sonra hazırlanan yeni Anayasa Mahkemesi Yasası, hem Anayasa Mahkemesi kararlarının, hem de gerekçelerinin bağlayıcı olduğunu belirtmektedir.

Sonuçlar

Anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasındaki anlaşmazlık ve çekişmeler kulağa oldukça basit gelen bir soruyu getirir. Hangi mahkeme ülkedeki en yüksek mahkemedir? Anayasa mahkemesi mi, yoksa yüksek mahkeme mi? Sorunu

¹⁰⁹ III. ÜS 425/97.

¹¹⁰ Bu davaya dikkatimi çektiği için Bay Mr. Zvonimir Mataga'ya teşekkür etmek isterim.

¹¹¹ Yüksek Mahkeme'nin kararı iki mahkeme arasındaki siyasal çekişmeden kaynaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi, Başkan Tudjman'ın adayları ile dolu olan Yüksek Mahkeme'nin kararlarını Yüksek Mahkeme'yi bezdirmek için sistematik olarak geçersiz kılmaya karar vermiştir.

bu şekilde ortaya koymak, kişisel bir anlaşmazlığın küçük evrenini yansıtılsa da, daha geniş bir çerçeveye duyarlı değildir ve anayasa yargısının daha geniş çerçevesini gözardı eder. Daha geniş bir çerçevede bu sorun, anayasanın en yüksekteki yorumlayıcısının bulunması sorusuna çevrilebilir ki bu da anayasal yorum tekelini eline almış bir forumdur.

Bu noktada şunu akılda tutmakta fayda bulunmaktadır. Yargısal denetimde bulunan mahkemeler – bunlar ister anayasa mahkemeleri olsunlar, ister sıradan mahkemeler – anayasanın tek yorumlayıcısı değildirler. Son on yıl içerisinde yargısal denetim kurumları ve siyasal organlar arasındaki etkileşimleri ortaya koyan ve açıklayan bir çok teori, kamusal söylevin daha geniş çerçevesi içinde ortaya çıkmıştır. Tüm anayasal aktörlerin anayasayı yorumlamaları gerekir. Mahkemeler önlerine getirilen bu tür anayasal meseleler üzerine karar verecek konumda değildirler, ve kararları nihai ve bağlayıcı olduğundan, bir mahkeme hükmü konu hakkındaki söz değildir: bir mahkemenin kararının ardından devletin diğer organları tepki vermelidirler. Siyasal organların bir anayasa mahkemesi kararına tepki vermeleri ille de bir anayasa değişikliği biçiminde olmak zorunda değildir. Mahkemenin kararına tepki olarak yasa yapma konusunda hükümet serbesttir. Bu olay üzerine araştırma yapan siyasal bilimciler ve hukukçuların söylem teorisinde önerdikleri olgular bu bulguları doğrulamaktadır. Bu nedenle, anayasa yargısına daha geniş bir çerçeve içinde baktığımızda, anayasal yorum tekelinin kimde ve anayasanın en üstün yorumcusunun kim olduğunu araştırma sorunu farazi hale gelir.

Sıradan mahkemelerin anayasal hak taleplerini içeren davalara bakmakta rahat olmadıkları bir hukuk sisteminde, bireylerin kendi davalarını anayasa mahkemesine götürmelerine izin verilmesi görüşü oldukça önemli görünmektedir. Anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin sürekli olarak, açık ya da gizli çekişmelere girmedikleri bir hak koruma sistemi tasarlamak mümkün müdür? Sonuçta bu tür çekişmeler sadece anayasal hakların korunmasını güçleştirmez, fakat ana-

yasacılığa ve hukukun üstünlüğüne ilişkin tüm düşüncelere de karşı gelir.

Yukarıdaki örneklerden bazıları, yargı yetkisi ve kabul edilebilirlik ölçütlerinin dikkatle kaleme alındığı yasa hükümlerinin anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler arasındaki gerilimi yumuşatmaya faydası olabileceğini göstermektedir. Anayasa mahkemesine erişime, sadece bir nihai karara karşı çıkmak için mi izin verilmelidir, yoksa alternatif olarak, anayasal sorunlarda nihai merci olmasının yanında, anayasa mahkemesi olağanüstü durumlarda doğrudan başvurulara da açık olmalı mıdır (Güney Afrika'da olduğu gibi) konusu siyasal bir karardır. İkinci çözüm anayasal haklara ekstra koruma sağlayabilirse de, ancak doğrudan anayasa mahkemesine erişim ölçütleri yoruma yer bırakmayacak açık ifadelerle yazılır ve ilkel ve ciddi bir şekilde uygulanırsa işlevini düzgün olarak yerine getirebilir. Aksi takdirde, anayasa mahkemesine olağanüstü erişim, yüksek mahkeme ile anayasa mahkemesi arasındaki ilişkileri yumuşatacağına daha da gergin hale getirebilir. Buna ek olarak: anayasaya uygunluk denetimi sırasında tanınacak hukuki çözümlerin düzenlenmesi de ayrıca hayati önem taşımaktadır. Bu tür kuralların eksikliği bireysel anayasa şikayeti başvurusu teşebbüslerini kolayca baltalayabilir ve düzenlemelerdeki böyle bir eksiklik anayasa mahkemesinin yorum yoluyla başka çareler aramasına yol açabilir.

Nino'nun da belirttiği gibi, "yargısal denetimi kullanmayan ya da anayasanın üstünlüğünü reddeden bir sistemin mantık olarak imkansız olduğu doğru değildir... Sistem üstün bir anayasaya sahip olsa bile yargısal denetimin gücü koşullara bağlıdır."¹¹² Birbirleriyle yarışan (ve sık sık düşman olan) anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemelerin hangisinin diğerinden daha üstün olduğunu bulmaya çalışarak pek bir yere varmak mümkün değildir. Yukarıdaki analiz bir anayasacılık ve hukukun üstünlüğü projesi yürütülürken her iki yargısal kurumun da hayati öneme sahip görevleri olduğunu gösterir. Daha önemlisi, çağdaş demokra-

¹¹² Nino, *The Constitution Of Deliberative Democracy*, supra note 3, 196.

silerde anayasa mahkemeleri ve yüksek mahkemeler birbirlerinin başarısı ve anaysal görevlerini yerine getirebilmeleri için gereklidirler.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz. Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. Radoslav PROCHAZKA (Trnava Üniversitesi Hukuk Fakültesi): *

RADOSLAV
PROCHAZKA'NIN
TEBLİĞİ

İlk olarak, hem bana bu seçkin sempozyuma katılma, hem de daha önce konuşmuş olanlar ve sonradan konuşacak olan etkileyici konuşmacılardan bir şeyler öğrenme fırsatını verdiği için Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür etmek isterim.

Sizinle birlikte olduğum süre içerisinde bu konferansın temel konusunu oluşturan hukukun ve yargının demokrasinin pekişmesindeki rolü konusunda oldukça özgün tecrübeleri paylaşacağım. Bu özel deneyim Orta Avrupadaki devrim sonrası gelişmelere, daha belirli olarak da Polonya, Çek ve Slovak Cumhuriyeti ile Macaristan'da yaşananlara ilişkindir. Profesör Uitz Macaristan üzerine benimle karşılaştırılmayacak ve benim asla gelmeyi ümit edemeyeceğim düzeyde bir uzmanlığa sahip olduğundan Macaristan'ı atlayarak diğer üç ülke üzerinde yoğunlaşacağım.

Bu deneyimi neden özgün diye tanımlıyorum? Aslında, bu kişisel bir şey ve insan bir parçası olduğuna inandığı şeyleri özel olarak görme eğilimindedir de ondan. Fakat daha uygun bir neden, Orta Avrupa'da 1989 sonrasında demokrasiyi pekiştirmenin onu inşa etmek anlamına gelmesi gerçeğinde yatmaktadır. Tabii ki bu inşa süreci ortada dayanılacak hiç bir kurum ve kural yokmuş gibi en baştan yaratmak biçiminde değildi; fakat eski rejimin yerine tamamen yeni paradigmlar ve uygulamalar koymak suretiyle bir anayasal demokrasi inşa etme süreciydi. Gördüğünüz gibi, bir şeyi pekiştirmek için önce onu inşa etmelisiniz. Diğer bir deyişle, onları pekiştirebileceği-

* Radoslav Prochazka'nın tebliği Dr. Ozan Ergül tarafından İngilizce'den çevrilmiştir.

nizi dahi düşünmeden önce, ortada görece somut demokratik kurumlar -hem kültürel, hem de kurumsal- bulunmalıdır. Kısacası, pekişme bana evrimi çağrıştırmaktadır. Orta Avrupa tecrübesi, eğer böyle bir şey varsa, yeni rejimlerin kurulmasındaki devrimci boyuttan hem sembolik hem de uygulama olarak farklıydı. Daha belirgin olarak, yeni elitler yeni ve istikrarsız demokrasi unsurlarını bunlar kurulur kurulmaz korumak ihtiyacında olmuşlardır. Sovyetler Birliği'nde 1991'de yaşanan darbe girişimi, bir kaç hafta veya bir kaç gün sürmesine rağmen, Orta Avrupa ülkelerindeki liderlerde paniğe neden olmuş ve ülkelerinin ileriki yıllarda neyle karşılaşacağına ilişkin genel duygularından oluşan bazı temel belirsizliklere eklenmiştir. Buna, bir de yeni rejimlerin jeopolitik ittifakları oluşturma yönünde duydukları acil ihtiyacı eklediğinizde, gelişmekte olan iki paralel, ya da kesişen yolla karşılaşsınız: bunlardan bir tanesi ilgili ülkeleri hem sembolik hem de sistemik olarak Batı dünyasına sağlam bir şekilde yerleştirme yolu; diğeri ise yeni gelişmekte olan kurumları belli reformlarla, bunlar ister kurumsal, ister sosyal ya da ekonomik olsun, pekiştirmeyi amaçlayan bir yoldur. Hukuk bu gelişmede, doğal olarak, son derece işlevsel bir rol oynamıştır.

Hukukun köklü sosyal ve siyasal dönüşümde oynadığı rolü üçe ayırmaktayım. Bunlardan birincisi semboliktir: hukuka, geçmişin kültürel ve kurumsal mirasından kurtulmak için delil olarak başvurulmuş ve bunu gerçekleştirmek için kullanılmıştır. İkinci olarak, ekonomik, sosyal ve kurumsal reformlar için önemli bir araç olarak uygulamada önemli bir siyasal rol üstlenmiştir. Üçüncü olarak, devam etmekte olan dönüşümün siyasal ve kurumsal amaçlarını geçiş tedbirleri sayesinde sağlamlaştırmak suretiyle koruyucu bir rol oynamıştır.

Söz konusu ülkelerde maddi farklılıkların olduğunu ve ola geleceğini de dikkatinize sunmak isterim. Özgün geçiş süreci tedbirleri, hukukun üstünlüğünün yerleşik ilkelerine aykırı olarak özellikle Polonya ve Çek Cumhuriyeti'nde son derece dramatik ve hayret verici bir biçimde etkin kılınırken, Macaristan'da geçiş dönemi yasaları, bana göre, genellikle ülkenin

sosyal siyasetini ilerletmek için kullanılmıştır. İleride daha fazla farklılığa değineceğim.

Yargının rolü ile ilgili olarak, özel yargı organları tarafından yerine getirilen anayasaya uygunluk denetimi ile hukukun temel, hatta dünyevi sorunlarını çözmek için tasarlanmış sıradan yargı organları birbirinden ayrılmalıdır. Şimdi daha çok ilki üzerinde yoğunlaşacağım.

İlgili ülkelerdeki anayasa mahkemelerinin rolleri arasında maddi farklılıklar bulunduğu kadar, maddi benzerlikler de bulunmuştur. Bunlardan en temel olanının kuruluş sırasında, yani yeni rejimin liberal bir hukuk devleti (Rechtsstaat) demokrasisi olarak inşası sürecinde, kendi rollerinin ne denli önemli olduğunun bilincine sahip buldukları olduğuna inanıyorum. Ortaya çıkan siyasal yapıların ve onların anayasa mahkemelerinin karşılık vermek zorunda oldukları geçiş dönemi zaruretleri bölge çapında benzer özelliklere sahipti - tarihin sonu hukukun üstünlüğünün millileştirilmesini ve Visegrad¹ uluslarının çağdaş anayasal devletler kurmalarını gerektiriyordu. Bu nedenle, mahkemelerin yorum ve yargı yükümlülükleri aynı görevi yansıtmaktaydı: anayasa hukukunun ve uygulamasının temellerini inşa etmek suretiyle siyasal yapıları geçiş döneminden geçirmek.

Bunu daha açık bir şekilde ortaya koymak için, bölgedeki tüm anayasa mahkemelerinin, farklı yollarla ve ölçülerde olmasına rağmen, kendilerini dönüşüm sürecinde ortak kurucu ve ortak lider olarak tanımladıklarını ve diğer aktörleri de az ya da çok başarı ile kendilerini böyle görmeye zorladıklarını söyleyebiliriz.

Ancak, mahkemelerin siyasal sistemlerinin yeniden yapılanmasına yaptıkları katkının derecesi -yani kuruluş görevlerini yerine getirmek için gösterdikleri çabanın derecesi- bu katkının yönteminde olduğu gibi, ki bunlar kuruluşu tamamlama-

¹ Visegrad, dört orta Avrupa ülkesini ifade eder ve bu ülkeler Polonya, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Slovakya'dır. (ç.n.)

mak için ilgili mahkemelerin başvurduğu yargısal ve yorumsal tekniklerdir, farklı olmuştur. Bu temel farklılık mahkemelerin geçiş denklemi için hangi unsurların gerekli olduğuna ilişkin anlayışlarındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.

Bu noktada özet bir tur yapmama izin verin. Bölgenin tümünde yaygın olarak bulunan iki geçiş açmazı tanımlamaktayım. Her iki açmaz da, geçiş süreci siyasa gündeminin meşruluğu ile etkin bir biçimde takibi arasındaki gerginlikten kaynaklanmıştır. Mükemmel meşruiyet ve sınırsız etkinlik geçiş dönemi içerisindeki iki ateş arası durumu yaratmış ve aralarında orta yolun bulunması zorunluluğu bulunan bu ikisi arasında mahkemeler -ve hükümetlerin kendisi- çalışmak durumunda kalmıştır. İlk açmaz, mahkemelerin mevcut rejimlere Batı standartlarında demokratik katılımın ve hakların korunması yolu ile meşruiyet zerk etme ve aynı zamanda dönüşüm projelerini acil ve etkili bir biçimde uygulama gerekliliğinin farkında olduklarını göstermektedir. Yerel siyasal ekonominin geçiş denkleminin etkinlik unsuruna vurgu yaptığı durumlarda ilgili mahkemeler, genellikle geçiş dönemi özellikleri olarak adlandırılan unsurları yansıttığı için haklılaştırdıkları belirgin bir kendi kendini sınırlamaya hazır olduklarını sergilemişlerdir. Anayasa mahkemelerinin geçiş dönemi denkleminde meşruiyet yoksunluğu bulunduğu düşünüldükleri durumlarda, anayasal denetim yasama gündeminin sınırlanmış bir biçimde takibi için daha yasaklayıcı olmuştur.

İkinci açmaz ise, tamamlanmamış anayasal reformların aciliyetleri ile mahkemelerin sınırlı otoriteleri arasındaki gerilimden kaynaklanmıştır. Mahkemeler, kuruluş düzenlemelerinin eğreti olduğu ve bu nedenle de geliştirilmelerinin ve belirginleştirilmelerinin gerektiği durumlarda, negatif yasamacı olarak kendi otoritelerine konulmuş olan sınırlamaları görmezden gelmeye hazır olduklarını kanıtlamışlardır. Mahkemeler, ilgili metinlerin yeterli rehberlik yaptığının düşünüldüğü durumlarda ise, mevcut metinlere ilave niteliğinde ve hatta onlara rağmen hukuk kuralları yaratmakta daha az istekli olmuşlardır.

Bu nedenle, Visegrad anayasa yargısı içinde her biri görece ayrı iki grubun ortaya çıkmasına neden olan iki ayırıcı çizgi ortaya çıkmaktadır. İlk ayırıcı çizgi, bir anayasa mahkemesinin yasama organının siyasa tercihlerine, tek başına değil ama çoğunlukla geçiş dönemi takvimine bakarak, uyma ya da karşı çıkma eğilimi ile ilgilidir. Macar ve Slovak anayasa mahkemeleri Polonya ve Çek Cumhuriyeti anayasa mahkemelerine göre değişik nedenlerle ve değişik yollara başvurarak kendi parlamentolarının siyasetini maddi anlamda etkilemeye daha istekli görünmüşler ve bunların yarısını da geçersiz kılmışlardır. Ancak, Polonya ve Çek Cumhuriyeti Mahkemeleri, devrim sonrası liderlerinin büyüttüğü ideolojilere genelde bağlı kalırken, olağan mahkemelerle iletişimde ve onlara kendi anayasacılık tasarımlarını dayatmakta Macaristan ve Slovakya anayasa mahkemelerinden daha aktif olmuşlardır.

İkinci ayırıcı çizgi, kurucu metinlerin şarta bağlılığı ile ilgilidir. Macaristan ve Polonya Mahkemeleri anayasa değişikliklerinin alanı dışına o kadar büyük enerji ve güvenle çıkmışlardır ki, ilgili metinler katı birer emirden daha çok, salt birer uyumlaştırma rehberi olarak görünmüşlerdir. Çek Cumhuriyeti ve Slovakya Mahkemeleri lafzın (*expressis verbis*) sağladığı ile çalışmaktan az ya da çok mutlu olmuşlardır.

Bu bölümü bitirmek için, bölgedeki anayasa mahkemeleri yargısal donanımlarını genellikle, bir anayasal demokrasinin kuruluşunun gerektirdiklerine ilişkin kendi tasarımlarını tehdit edebileceğini düşündükleri devlet makamlarına karşı çıkmak için kullanmışlardır. Diğer bir deyişle, mahkemelerin aktivizmi, mahkemelerin geçiş dönemi meşruiyetinin Scyllası ile etkinliğin Charybdis'i² arasında güvenli bir yola ilişkin fikirlerine yönelik tehdidin nereden geleceği hakkında sahip oldukları öngörülere göre değişmiştir. Mahkemelerin sadece karşıtları

² Scylla ve Charybdis Yunan mitolojisinde yer alan iki deniz canavardır ve bunların dar bir boğazın iki kıyısında yaşadıklarına inanılır. "Scylla ve Charybdis arasında kalmak" deyimini bir kişinin iki tehlike arasında kalmasını ve birinden uzaklaştığında diğerine yakınlaşmasını ifade etmektedir. (ç.n.)

bulunmamaktaydı; fakat ayrı zamanda onlar arasında ayırım da yapmaktaydılar ve söylemek gerekirse, geçiş sürecinin planlandığı biçimde devamını görebilmek mücadele etmeleri gerektiğini düşündükleriyle kavgaya tutuşmuşlardır.

Şimdi bu genel çerçeveye yönelik belirli örnekler vermeme izin verin.

Örneğin, Polonya Anayasa Mahkemesi, 1990'ların sonlarına dek iki ciddi sınırlama ile karşı karşıyaydı. Birincisi, azaltılmış yetkileriyle ilgiliydi ve bu çerçevede anayasa aykırılık kararları parlamento tarafından nitelikli çoğunlukla aşılabilmekteydi ve bazı belirli yargısal yetkilerini kullanması önlenmişti. Diğeri ise, 1997 yılına kadar Polonya tamamlanmış bir insan hakları katalogundan yoksundu. Mahkeme bu sınırlamalarla ilginç ve hatta çelişkili bir biçimde ilgilenmiştir.

İlk çelişki, Mahkeme'nin yetkilerinin kısılmasının onun geçiş sürecinin ihtiyaçlarına yasa koyucunun sağlayamadığı anayasa hukuku ilkelerine kurucu yorum yoluyla ulaşmak suretiyle aktif bir şekilde tepki vermesini engelleyememesi gerçeğinde yatmaktadır. Bu bağlamda, mahkemenin en hayret verici yorumcu aktivizmi Hukuk Devleti (Rechtsstaat) hükmünü anayasanın açıkça öngörmediği hakları tanıırken geniş bir biçimde kullanması olmuştur. Böylece Mahkeme, en bilinenini geniş bir biçimde kavramsallaştırılan yargı hakkının oluşturduğu pek çok mekanizmayı Rechtsstaat hükmü içerisine yerleştirebilmiştir. Metinsel düzenlemelerin yetersizliğine işaret ederek zor davaları sahipsiz bırakmak yerine gerekli olduğu takdirde eksik bir kuralı oluşturmak Mahkemenin rutin bir uygulaması haline gelmiştir. Ancak, Mahkemenin hukuk sistemine suprapozitif katmanları aşılmasına izin veren geçiş dönemi yapılanmalarındaki parçalılık, devamında Mahkemenin axiologic biçimde anayasaya bir değerler deposuymuş gibi yaklaşmasına da neden olmuştur. Bu noktada ikinci paradoks karşımıza çıkmaktadır: mahkemenin kurucu yorumsal etkinliğinin doğası pek çok durumda yazılı metnin ihmal ettiği bir hakkın 'icadı' ile sonuçlanmış ve diğer durumlarda da o hakkın veya bir başkasının sosyal adalet veya kamu refahı gibi anayasal

genelleştirmelerin Mahkeme tarafından geniş bir cömertlikle anlaşılması nedeniyle kısıtlanmasına da sebep olabilir. Bu son eğilim, en güzel biçimde, Mahkeme parlamentonun yeni bir sosyal gündem oluşturma çabaları ile karşı karşıya kaldığında görülmüştür. Otonom bir biçimde ülkenin içinde bulunduğu geçiş döneminin sınırlarını belirleyeceğine - örneğin, Macarlar böyle yapmıştır- Polonya Mahkemesi aktif yaklaşımını geçiş dönemine ilişkin belirli bir ideolojik yaklaşımın hizmetine sunmuş ve yasama organına geçiş dönemi gündeminin gerekleri konusunda koruyucu bir el uzatmıştır.

Benzer sonuçlar, yeni siyasal, ekonomik ve sosyal paradigma kurumunu etkin hale getirmeyi amaçlayan kanuni düzenlemeleri denetlemekte görece daha müsamahakar olduğunu kanıtlayan Çek Cumhuriyeti Mahkemesi için de geçerlidir. Sadece sosyal dönüşüm ajanı olarak kendini algılayışı değil, fakat aynı zamanda yargıçlarının ideolojik eğilimleri de Mahkeme'nin yeni rejimin üzerine kurulduğu ideolojiyi kucaklamasına ve Parlamento'nun önemli siyasa tercihlerine düzenli ve istikrarlı bir biçimde uymasına yol açmıştır. Tüm bunlardan sonra, Çek Mahkemesi'nin maddi adaletin ihtiyaçlarına hizmet etmek ve doğal hukukun (jusnaturalist) yeniden canlanışını yansıtmakla görevlendirilmiş değerlerle yüklü anayasacılığa ilişkin yargısal gündemi, büyük ölçüde devrim sonrası liderliğinin gündemi ile örtüşmüştür.

Diğer taraftan, hem Çek Cumhuriyeti hem de Polonya anayasa mahkemeleri yeni rejimin oluşmakta olan aksiyolojik temellerine olağan mahkemelerin kararlarında yer verilmesini talep etmişlerdir. Bu mahkemelerin, yasamayı denetlerken ortaya koyduğu müsamahakar yaklaşıma - yani, bir tür yumuşak soyut norm denetimine-, yine bu mahkemelerin yargı içi diyalogdaki iddialı tutumu eşlik etmiştir. Buna örnek olarak kendi doğal hukuk, maddi adalet, siyasal ahlak, nesafet veya amaçsal yorum tasarımlarıyla daha alt kademedeki yargısal tartışmalara sızma çabaları gösterilebilir. Böylece Çek Mahkemesi kendi anayasasını Parlamento'ya dayatmakta -sadece yasamanın geçiş dönemi gündeminden mutlu olduğu için değil, aynı

zamanda görevlendirilmiş organların bu gündemi gerçekten de mümkün olduğu kadar uygulayıp uygulamadıklarından emin olmaya odaklandığı için de- daha az ısrarcı olmuştur. Bu nedenle, kendisini modern anayasacılık kültürü konusunda olağan mahkemeleri eğitmekle görevli saymış ve olağan yargı üzerinde yerel gelenekten kaynaklanan pozitivist şekilciliğin baskısını azaltmayı denemekte fazlasıyla aktif olmuştur.

Slovak mahkemesi ise farklı koşullarda işlev görmüştür. Hükümetin otoriter eğilimleri ve anayasal zorunluluklara saygı göstermeyeceğini gösterir biçimde sıklıkla ortaya koyduğu tutumları Slovakya'nın geçiş dönemi dengelerinde meşru bir liderlikten çok etkin bir liderliğin başat olacağını açık bir biçimde göstermiştir. Bu nedenle Slovak Mahkemesi, kendisini siyasal tartışmaların kendisine havale edilmesinin cesaretlendirildiği ve hukukun üstünlüğünün temellerinin korunması için bunun ne kadar gerekli olduğunun da kanıtlandığı bir ortamda bulunmuştur. Mahkeme bu daveti kabul etmiş ve ülkenin anayasal gelişimine katkısını çeşitlendirmek yerine, sahip olduğu çoğunluk karşıtı cephaneyi iyi bir biçimde kullanmaya odaklanmıştır. Mahkeme, otoriter yönetim tehlikesinin gerçekleşmesinin en yakın görüldüğü 1994-1998 yılları arasında tartışmalı yasaların yaklaşık %60'ını kısmen veya tamamen iptal etmiştir. Ancak, Mahkeme sahip olduğu yargısal yetkileri ne doğmakta olan rejimin aksiyolojik temellerini güçlendirmeye yardım etmek için, ne de siyasal alana kendi büyük toplum görüşünü dayatmak için kullanmıştır. Slovak Mahkemesi ulusu inşa etmekten çok, onu korumayı denemeye zorlanmıştır. O dönemdeki çoğunluk yönetimi Avrupa entegrasyonunun gereklilikleri ya da liberal demokratik anayasacılığın temel unsurları konusunda ne denli bilgisiz olduysa, Mahkeme'nin yargısal faaliyetleri de o denli dar çerçevede içerisinde yoğunlaşmıştır. Slovak Mahkemesi'nin soyut norm denetimi yetkisi, sınırlanmamış bir çoğunluk oluşturma girişimlerinde hükümeti korkutması nedeniyle hem yasaklayıcı, hem de Mahkeme otonom bir yargısal gündem geliştirme ve onu iddialı hale getirmekten çok, sıklıkla gerçekleşen ve aşikar olan aşırılıkları telafi etmeye yöneldiği için savunmacı yetki olmuştur.

Bunlara ek olarak, Mahkeme'nin sürekli olarak görevdeki hükümetin otoriter girişimlerine maruz kalması olağan mahkemeleri eğitime faaliyetlerine son vermesine neden olmuştur. Mahkeme, sınırlı sayıdaki istisnai durumlar hariç, olağan mahkemelerdeki yargılamayı anayasa mahkemesinin dahi müdahalelerinden bağışık ve kurumsal olarak kendinden kaynaklanan bir yetki olarak anlamıştır. Bu nedenle Slovak Mahkemesi, olağan mahkemelerin kendi anlayışlarını geliştirmelerine izin vermiş ve ülkenin bir hukuk devleti (Rechtsstaat) olarak devam etmekte olan kuruluşunu zayıflatmaya devam edenlerle -ki bunlar bizzat ülkenin kurucu babalarıdır- mücadele etmiştir.

Post-komünist dönem vatandaşları için devletin aşırı müdahalelerine karşı kendi özerklik ve haklarını korumak üzere tasarlanmış mekanizmaların varlığına alışmaları sadece birkaç yıl almıştır. Bir vatandaşın devletin suiistimallerine karşı kurumsal korunmaya hem değeri hem de hakkı olduğu yönündeki tasarım önceden *Homo Sovieticus* olanların bilincinin kurucu temelini oluşturmuştur. Eylemlerinden dolayı devleti sorumlu tutmak ve ondan kişinin haklı şikâyetlerinin dikkate alınmasını ve telafi edilmesini beklemek devrimden başka bir şey değildi ve bugün de ilgili toplumların çoğunluğu için olağan olandan başka bir şey değildir. Anayasa mahkemelerinin bu gelişimde oynadıkları rol hayati olmuştur ve bu durum bugün de devam etmektedir.

Gerçekten de, cumhurbaşkanının görev süresinin ne zaman dolduğu, cumhurbaşkanının hangi koşullar altında parlamentoyu fesh edebileceği, kasıtlı olarak cezasız bırakılmış suçlar için zamanaşımının ne denli güçlü bir teminat oluşturduğu, mülkiyetin iadesinin niteliğinin ne olduğu ve benzeri sorulara cevap verilmesi gereken bir dönemde, yorumcu yapısalcılık gibi araçlar; 'geçiş dönemi özellikleri', 'görünmez anayasa' veya devrim-öncesi ve devrim-sonrası hukuku arasında ayırım yapılması gibi fikirler anayasa mahkemelerinin kuruluş sürecine katılımlarının geçerli bir yolu olabilirlerdi. Bu soruların çoğunun çözümünde anayasal içtihadın rejim değişikliğinin

RADOSLAV
PROCHAZKA'NIN
TEBLİĞİ

gerekliliklerine yapmış olduğu göndermeler, nispeten daha istikrarlı kabul edilen demokrasiler için daha az uygun görünmektedir. Bu nedenle, gerçekleşmesi yakın paradigma değişikliklerinden bir tanesi geçiş dönemine özgü içtihadın olağan gelişim içtihadına dönüşümüne ilişkin olacaktır. Bugün tüm mahkemeler anayasal siyasete ilişkin konulardaki içtihatlarında 'olağan gün' yaklaşımını içselleştirmeyi mükemmel bir biçimde arzulamaktadırlar.

İlgili ülkelerdeki siyasal gelişimin gereklilikleri bu paradigma değişimini bir süre için erteleyebilir ve -en fazla onun kadar ve ondan daha çok değil- şimdiye kadar gördüğümüz aktivizm ulusal söylemlerindeki Avrupa'nın hakim olabilmesi için bölgedeki belli mahkemelerden hala talep edilebilir. Ancak, kuruluş uzaklaştıkça mahkemelerin siyasal, sosyal ve ekonomik gündemin belirlenmesine karışmaları siyasal ve doktriner olarak daha az mümkündür. Kısaca, bölge sonsuza dek post-komünist kalmayacaktır ve tüm bunlardan sonra, bölge zaten her şeyden çok yeni Avrupalıdır. Gerçekten de, hem "post" un (sonralığın) hem de yeni unsurların ortadan kaldırılması Vi-segrad mahkemelerini bekleyen en büyük hedeftir. Az ya da çok başarıyla, kendi kuruluş gündemlerini tamamlayanlar farklı bir geçiş döneminin -yani, ulus devletten giderek artan bir biçimde federalize olan ulus-üstü bir yapının üyeliğine geçişin- gerekliliklerinin hakimiyeti altındaki bir boşlukta dengede kalmak durumundadırlar. Beni dikkatle dinlediğiniz için teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Sayın konuşmacıya teşekkür ediyoruz. Şimdi tartışmayla ilgili bölüme geldik. Sorusu olan meslektaşımız, konuşumuz varsa, teker teker onları alalım.

Doç. Dr. Fatih MAHMUTOĞLU (İstanbul Üniversitesi Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku ABD Öğretim Üyesi): Kendi konum bağlamında bir soru soracağım. Bilindiği gibi ülkemizde Anayasa Mahkemesi'nin çifte bir fonksiyonu var. Bu fonksiyonlardan bir tanesi de bilinen en temel fonksiyon yasaların, kanun hükmünde kararname ve iç tüzüklerin yasalara

uygunluğu. Diğer ülkeler ve ülkemizde son dönemde sıklıkla tartışılan bir diğer fonksiyonu var ki bu da ceza yargılamasına ilişkin. Bilindiği gibi milletvekillerinin görevleri ile bağlantılı suçlar bakımından Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi, yargılama yapabilmekte. Konuklardan şunu öğrenmek istiyorum. Kendi ülkelerinde de Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir işlevi var mı? Ayrıca ülkemiz açısından ilginç bir durumdur. Anayasa Mahkemesi'nin ceza yargılaması açısından vermiş olduğu kararlar kesindir. Bu da çok tartışmaya açık bir alandır. Kendi ülkelerindeki durumu kısa cümlelerle anlatmalarını rica ediyorum.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz.

F. J. M. FELDBRUGGE : Eğer sorunuzu doğru olarak anladıysam, bu soruya sadece Sovyetler Birliği açısından cevap verebilirim, çünkü Hollanda'da Anayasa Mahkemesi yok. Bu yüzden soru, Hollanda göz önünde bulundurulduğunda ilgisiz. Rus Anayasa Mahkemesi'nin suçla ilgili direkt olarak karıştığı tek durum devlet başkanının suçlandığı durumdur. Daha önce de söylediğim gibi 1993'deki yeni Anayasa'yla bu çok zorlaştırıldı, çünkü Yeltsin'i suçlamak için ciddi teşebbüsler oldu. Şu anda Rusya'daki suçlama prosedürüyle bu pratik olarak imkansız, Anayasa Mahkemesi'nin çok kısıtlı bir rolü var. Ashında, esas görev Parlamento'nun iki komisyonuna ve Yüce Divan'a verildi. Bunun gerçekleşmesi için devlet başkanının büyük bir tehditten dolayı suçlu olması veya başka ağır bir suçu olması gerekmekte ve bunda Anayasa Mahkemesi'nin tek görevi uygun yöntemlerin uygulanmasını sağlamak. Onların yaptığı tek şey bu, başka bir şey değil.

Radoslav PROCHAZKA: Benim söylemem gereken şey suçla ilgili ya da ilgisiz olarak düzenlenmiş haklarda hiyerarşi olmadığıdır. Anayasa şikayeti (Verfassungs Beschwerde) yönteminde mahkeme bir aşamaya kadar diğer hakları koruduğu gibi suçluları aynı çerçevede koruyor. Yeni olan şey, Anayasa Mahkemesi'nin, bu yetki Çek Anayasa Mahkemesi'ne son derece kurumsal olduğu için verilmiştir ve Slovakya'da çok yeni bir gelişmedir, maddi yönden denetim yapmalarıdır.

TARTIŞMA

Hak, dokunulmazlığı olana veya herhangi bir kimseye uygulansa da haktr. Yöntem ve korunma şekli açısından hiçbir fark yoktur.

Ayrıca, Çek Cumhuriyeti'nde ve Slovakya'da, örneğin gö-zaltına ilişkin maddi hususların denetlenmesi yönünde Anayasa Mahkemesi denetimi yeni bir gelişme olarak öngörülmüştür. Bir ceza mahkemesi birini göz altına aldı, bütün biçimsel güvencelerin gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini, sebeplerin göz altına alınmayı gerektirip gerektirmediğini incelemek gibi son derece tartışmalı ve polemige açık bir yetkiye sahipler. Bundan başka, suçla ilgili olarak düzenlenmiş hakların korunması genellikle kişisel kontrolde. Bu sorunun cevabının tam olarak bittiğini düşünmüyorum, gerekirse bu konuya devam edebilirim.

F. J. M. FELDBRUGGE: Şimdi soruyu daha iyi anladım galiba, bir şeyler ekleyebilirim. Bu Rus Anayasa Mahkemesi'nin çalışmalarındaki ceza kanunlarına bakış açısının çeşitliliği ile ilgili. Anayasa Mahkemesi'nin dava yükünün büyük bir çoğunluğu vatandaşların anayasal haklarının kanunların uygulamasından doğan ihlallere ilişkin kişisel şikayetlerine dayalı ve bu şikayetlerin çoğu, şu an elimde yüzdelere yok ama önemli bir miktarı ceza davalarında sanık olan kişiler tarafından veya sanık olarak haklarının ihlal edildiğini düşünen kişiler tarafından yapılmış. Ve sunumumun sonunda da belirttiğim gibi, bu şikayetlerin çoğu Anayasa Mahkemesi tarafından inceleniyor ve aslında bu şekilde ceza prosedürleri düzeltiliyor. Belki bu sorunuza ek bir cevap olmuştur.

Doç. Dr. Fatih MAHMUTOĞLU: Buradaki sorumuz suydü. Anayasa Mahkemesi bir ceza yargılaması yapıyor ve vermiş olduğu karar kesin bir karar. Değerli konukların söylemiş oldukları ceza yargılamasından sonra Anayasa mahkemesinin yapmış olduğu denetimden bahsediyorlar. Konu o değil. Milletvekillerinin görevlerinden dolayı ceza mahkemelerinde yargılanıyorlar. Bu ceza mahkemesi bizim sistemimizde Anayasa Mahkemesi'dir. Kendi ülkelerinde böyle bir yargılama var mı?

Oturum Başkanı: Sayın Feldbrugge kendi ülkesinde, Hollanda'da Anayasa Mahkemesi olmadığını ifade etti. Bir ikincisi Sovyet Rusya ile ilgili Sovyet Anayasası'nın 125. maddesinde Sovyet Anayasa Mahkemesi'nin yargılama yetkisi sadece devlet başkanının vatana ihanet ve ağır suçlardan dolayı yargılamakla sınırlı. Onun için Sovyetler Birliği'nde öyle bir model yok.

Radoslav PROCHAZKA: Açıklama için teşekkür ederim. Anayasa mahkemesinin yargılayabildiği tek kişinin başkan olmasının iki sebebi var. Yani bu Slovakya'da Anayasa Mahkemesi'nin yürüttüğü tek yargılama. Aynı şeyin Çek Cumhuriyeti için de geçerli olduğunu düşünüyorum. Oldukça eminim. Bu hiçbir zaman gerçekleşmedi ve yakın gelecekte de gerçekleşeceğini düşünmüyorum. Ayrıca milletvekilleriyle alakalı olarak, örneğin; öncelikle dokunulmazlıklarının kaldırılması ve milletvekili olmamaları gerekiyor, yargıçlar için de geçerli bu. Bir yargıcın yargılanabilmesi için öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin dokunulmazlığını kaldırması gerekli. Milletvekilleri için bunu meclisin kendisi yapıyor. Ceza Mahkemesi olarak Anayasa Mahkemesi'nin elinde bulundurduğu güçler yalnızca bunlar.

Renata UITZ: Teşekkür ederim. Macaristan'da milletvekillerinin suçlanması Anayasa Mahkemesi'nin bir fonksiyonu yok. Milletvekili dokunulmazlığı meclis tarafından kaldırılıyor. Eğer meclis dokunulmazlığın kaldırılmasına karar verirse milletvekilleri öncelikle ceza mahkemelerine gidiyorlar. Başkan'ın yargılanmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin sorumluluğu da Anayasa'da mevcut ve bu şimdiye kadar hiç uygulanmamış bir prosedür. Tek bağlantı bundan ibaret. Litvanya'dan sizin için ilginç olabileceğini düşündüğüm bir dava var. Bir önceki Litvanya Başkanı özelleştirme uygulamalarında rüşvetle suçlandı. Şu anda, Litvanya Parlamentosu zaman sınırlaması nedeniyle bir sonraki başkanlık seçimlerine kadar daha önce suçlandırılmış başkanların tekrar göreve aday olmasını engelleyebilecek bir anayasa değişikliği yapamıyor. Parlamento tarafından daha yeni suçlandırılmış olan başkan geçen yılın başlarında Litvanya Anayasa Mahkemesi'nde bu yasa için iptal

TARTIŞMA

davası açılmasıyla birlikte tekrar seçime girmek istedi. Daha sonra dava Anayasa Mahkemesi'ne gönderildi ve çok ilginçtir ki Anayasa Mahkemesi bu kişi için çok üzgün olduğunu fakat başkana ve resmi görevlilere olan güvenin Anayasa'da yer alan önemli bir değer olduğunu açıkladı. Bu Anayasa'da yazılı olarak ifade edilmemiş. Bu değerlerin anayasası ve Anayasa Mahkemesi daha önce suçlanmış bir başkanın göreve gelmesini engelleyerek bu değeri koruyor. Bu Başkanın suçlandırılmasıyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin müdahale ettiği benim gördüğüm en uç örnek.

Radoslav PROCHAZKA: Ayrıca, Anayasa partileri de sınırlandırıyor. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda başkanın ülkeye ihanet nedeniyle yargılamasını da yürüten bir ceza mahkemesi ve bu durum sıradan bir yargılama için dokunulmazlığın kaldırılmasını da gerektiriyor. Bu sistem Slovak sistemine çok benziyor. Başka bir benzerlik ise milletvekilleri kendi meslektaşlarının elinde ve bu birçok problemi beraberinde getiriyor. Kastettiğim başarı oranımız bire bir, yani davalarda suçlanan milletvekillerinin veya en azında sıradan bir mahkemede yargılananların oranı yaklaşık %50. Geri kalan %50'de meclis basitçe hayır diyor. Slovaky'a da çok özel olan bir şey var, o da dokunulmazlık kaldırılmıyor ve o kişi milletvekilliği bitse bile bu durumdan sorumlu olmuyor.

Oturum Başkanı: Evet, başka sorusu olan?

Ozan ERGÜL: Teşekkür ederim, sayın Başkan. Ozan Ergül. Ben sorumu sayın Feldbrugge'ye yöneltmek istiyorum. Doğu Avrupa hukuk sistemini anlatan bir kitapta Sovyetler Birliği döneminde yürütülen cezalandırma siyasetinin liberal batı demokrasilerindeki tam aksi yönde olduğuna ilişkin bir ifade okumuştum. Burada bir masum cezalandırılacağına on suçlu serbest kalsın şeklindeki ilkenin Sovyetler Birliği'nde tam aksi yönde uygulandığı, bir suçlu serbest kalacağına on masum cezalandırılsın şeklinde uygulandığı ifade ediliyordu. Acaba demokratikleşme sürecinde bu anlayış tamamı ile terk edilmiş midir ve bunda yargının rolü ne kadar olmuştur?

Teşekkür ederim.

F. J. M. FELDBRUGGE: Rus Anayasası'nda diğer yeni sistemlerde de olduğu gibi bir masumiyet karinesi dahil edilmiştir ve tabii ki çeşitli formüller kullanılmaktadır. Hatta açık söylemek gerekirse Sovyetler döneminde tutuklandığınız an suçlu ilan edilmiş olduğunuz an idi. Yasa da bunu söylüyor olabilirdi. Ama hukuki bir sistem değildi. O yüzden yasada geçen sözlerle gerçekleri ayırmak önemlidir. Tabii Sovyet sistemindeki problemlerden biri de bu farklı gerçekliklerin var olmasıydı.

Önder AYHAN (Emekli Askeri Yargıtay Başkanı): Sayın konuşmacılardan şunu öğrenmek istiyorum. Ülkemizde son zamanlarda yapılan Anayasa değişikliği ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına üstün bir nitelikte almıştır. Yani, Türkiye'deki yüksek mahkemelerin kesinleşmiş kararlarına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı doğrultusunda çözümlenmiş olan kesinleşmiş olan o dosyalar yeniden açılmakta. Hatta bu sistem giderek ceza yargısı bakımından, ceza yargılaması bakımından Anayasa Mahkemesi'ni de kapsayacağını düşünmekteyim. Acaba sayın konuşmacıların ülkelerinde Hollanda dahil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının üstün niteliği bu niteliği ile yüksek mahkemeler kararları arasındaki durum, denge nedir? Öğrenmek istiyorum.

Radoslav PROCHAZKA: Mükemmel bir soru ve ben de süremi aşma kaygısı taşımıyorum. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukuku 1990'larda Slovakya'da ülkeyi en azından batı uygarlığının değeri olan hukukun üstünlüğü yörüngesinde tutmakta çok önemli bir rol oynamıştır. Eğer Strasburg içtihat hukuku düzenli ve istikrarlı bir biçimde uygulanmasıydı hukukun üstünlüğü adına tutunulacak pek bir şey olmazdı. Bu nedenle, özellikle Slovak Mahkemesi'nin -ancak Strasburg içtihadından alıntı ve ona atıf yapan sadece Slovak Mahkemesi değildir- içtihat hukukuna düzenli bir biçimde atıf yapmasının iki etkisi olmuştur. İlk olarak bu durumun Anayasa Mahkemesi'ne politikacılar tarafından yapılan saldırılara karşı bir şekilde koruma sağladığı görülmüştür. Çünkü Avrupa'ya

TARTIŞMA

saldırmak yerel teorik veya uygulamalı hukuk kaynaklarına saldırmaktan daha zordur. İkinci etki olarak, bu ülkeden Strasbourg'a gelen dava sayısını düşürmüştür. 2001'de öne sürülen yeni bir prosedürle Anayasa Mahkemesi'ne diğer mahkemelerde verilen kararları inceleme, değerlendirme ve maddi yönden tatmin sağlayacak biçimde tazminata hükmetme yetkisi verildi. Strasbourg şimdi gelen şikayetlere kulak tıkamakta ve anayasal gözden geçirmenin etkili bir ulusal yöntem olacağını ve Strasbourg'a dönülmesini gereksiz kılacağını söylemektedir. Belki bu tam olarak sorunuza bir cevap değil ama denge, eğer denge varsa, Anayasa Mahkemesi'ne doğru kayıyor. Özellikle geleneksel uygulamaların sekteye uğradığı zamanlarda ki bu temel bir sorundur, bir davanın sonuçlandırılması genelde çok vakit alıyor. Anayasal şikayetlerin çoğunluğu böyledir ve önceden Strasbourg'a gidilirken şimdi Anayasa Mahkemesi bu gibi şeylerle dolmuş vaziyettedir.

Renata UITZ: Macaristan ele alındığında bir kolay bir de pek kolay olmayan cevap var. Macaristan Avrupa Konseyi'ne üye olduğundan beri Macar mahkemeleri bu içtihatlarla bağlandı. Bu gerçekleşiyor mu, o ayrı bir soru. Anayasa Mahkemesi ilk başkanı karşılaştırmalı analiz yapılmasında ciddi adımlar attı. Yani önemli örnek teşkil edecek ve Amerika, Almanya ve Fransa gibi ülkelerden kararlar örnek alındı. Strasbourg hukuku etkili bir şekilde uygulandı. Bu ciddi bir yargı hareketinin en iyi örneklerindedir. Yargıtay'ın ve diğer mahkemelerin etraflarına bakma taraftarı olmadıkları ve Strasbourg içtihatının başka bir gezegende olduğunu zannettikleri bir zamandı. Son yıllarda bu karşılaştırmalar ve uygulamalarda yol kat edildi. Son zamanlarda küçük davalar için yargısal denetime gidildiği görülmektedir, ama bunlar öncü davalar değildir. Strasbourg içtihatı inanılmaz bir şekilde uygulanmıştır, ama bir karar mevcut değildir. Kaynak orada olsa da içtihat hukuku artık yok. Aynı anda Yargıtay kararlarına bakıldığında adaleti görebiliyorsunuz çünkü devamlı çalışma halindedeler ve Birleşmiş Milletler ile Avrupa'nın hukukunu geçmek durumundalar. Yani biraz daha iyiler ve Strasbourg'un etkileri görülüyor. Şimdiye kadar hep ayrı vurgu yapıldı. İnsan hakları konu-

sunda birçok yönden hakimler Strasbourg içtihatını ele alacak ve daha uyumlu hale gelecekler. Kararları tercüme ettirmekle kalmadık, aynı zamanda vatandaşlara çok iyi bir şekilde ilettik. Anayasa Mahkemesi hakimleri de bunu bilerek danuşma ihtiyacı hissetmemeye başladılar. Bu, çoğu zaman medya önünde yargılamaya dönüştü ki bu çok ironik bir durumdur.

F. J. M. FELDBRUGGE: Kısaca cevaplayacağım, çünkü Avrupa kanunları konusunda uzman değilim. Bir hukukçu olarak olarak gözlemlerime dayanarak şu iki noktaya değinmek istiyorum. İlki Rusya'yla ilgili, en azından Strasbourg mekanizmasının varlığından haberdarlar. Bir kararda -ki bu karara tebliğimde atıf yapılmıştır- açık bir referans bulunmaktadır. Rus Anayasa Mahkemesi Avrupa kurallarına ve Sözleşme'ye bakarak *"Bakın, her şeyi Avrupa kanunlarına göre yapıyoruz"* demiştir. Benim izlenimlerime göre Rus hukukçularının benliğine Strasbourg mekanizması tam olarak işlememiştir. Rusya çok geniş bir ülkedir. Hollanda gibi tüm bu organizasyonların başlangıçtan beri üyesi durumunda. Şunu belirtmeliyim, tabii ki genel görüş yüzde yüz olumlu değil. Çalışmakta olan avukatlar, hakimler, mahkemeler Strasbourg mahkemelerine iyi yaklaşmamakta, çünkü *"işleri kendi başımıza düzgün bir şekilde yürütebiliyoruz ve sık sık Strasbourg hakimlerinin durumu kavrayamayarak bizi zora soktuklarını düşünüyoruz. Bu durumdan memnun değiliz"* düşüncesindedirler.

Pasquale PASQUINO: Renata Uitz'e yargıdaki karışıklıklar ve Anayasa Mahkemesi'yle ilgili sormak istiyorum. Çünkü Macaristan dışında iki ülkenin tecrübelerini düşünüyorum. İlk olarak bilinmelidir ki otoriter ihtiyaçlar Almanya'da on üç yıl, İtalya'da yirmi dört yıl ve doğu Avrupa ülkelerinde kırk beş yıl sürmüş ve avukatların, hakimlerin ve hukuk profesörlerinin yetiştirilmesine olumsuz etki etmiştir. Alman raporlarında eski otorite hakimlerinden kurtulmanın daha kolay olduğu belirtilmişse de İtalya'da bu yirmi yıl almıştır ve diğer ülkelerde daha çok vakit almıştır. İtalyan çözümünde Anayasa Mahkemesi'ne en başta sıradan hakimler verildi ki aynı davalara baksınlar. Çünkü Anayasa Mahkemesi'ne güç vermek istemediler. Fa-

TARTIŞMA

kat 1960'lar ve 1970'lerde genç yargıçlar Mahkeme'ye pek çok dava göndermeye başladılar ve böylece işler yoluna girdi. Almanya'da bir karışıklık yaşandı mı bilemiyorum. Gerçek şu ki Almanya'da Macaristan'da olduğu gibi Anayasa Mahkemesi sıradan hakimlerin kararlarını düzelteren bir Yargıtay görevini taşıyor ki, İtalya'da durum böyle değil. İtalya'da Anayasa Mahkemesi daha düşük seviyedekilere siz yanlıssınız demez, çünkü karar vermeden önce cevap verirler. O yüzden İtalya'da Anayasa Mahkemesi'yle sıradan hakim arasında bir karışıklık olması söz konusu değildir. Çünkü hakimler ya davayı yargılamadan önce gönderirler ya da hiç göndermezler. Almanya'da vatandaşlar anayasa şikayetinde bulunarak hakimın yanlıklarını bildirirler. Sonuçta bazen Anayasa Mahkemesi bu başvurulara hak verir ve hakim yanlı yapmışsa bu gösterilir. Bu da bir karışıklığa sebep olur. Belki profesör von Beyme bize Almanya'daki muhtemel karışıklık hakkında bilgi verebilir. Yani size sorum, gelecekte daha liberal demokrat hakimlerin olmasıyla Anayasa Mahkemesi ve sıradan mahkemeler arası gerginliğin azalacağından ümitli misiniz?

Renata UITZ: İlginç bir durum, çünkü Macarlara daha çok soru geliyor burada. Yargı ile ilgili olarak, tabii ki yargının oluşumu ile ilgili olarak, bir otoriter rejimden sonra temel bir engelleme, temizleme ve yeniden oluşturma izleyip izlemediğinize göre durum değişir. Sonuçta, eski komünist hakimler ihtar alıyor ya da ayrılıyor. Eğer bunu etkili bir biçimde uygularsanız olağan yargının oluşumunda bir farklılık yaratacaktır. Macaristan'da Adliye ile ilgili böyle bir düzenleme veya hukuk fakültesinde böyle bir değişim gerçekleşmedi. Buna bakılarak komünizmin Adliye'den ve hukuk fakültelerinden çıkması için insanların emekli olmalarını beklememiz gerekmemekte. Doğu Almanya'da durum böyle değildi. Bildiğim kadarıyla Almanya'da anayasa şikayeti başvurusu yapıldığı zaman bu mahkemeler arası karışıklığa sebebiyet vermektedir. Mesele şikayet başvurusunun Anayasa'yla bağlantısıyla ilgili. Eğer Anayasa ile bağlantılı olmadığı tespit edilirse dava ilk geldiği mahkemeye geri gönderilir. Tabii ki Profesör von Beyme bu

konuda çok daha bilgili bir uzmandır. Üzerinde çok düşünülmüş olan Alman örneği bir anayasa şikayeti örneğidir ve Alman Anayasa Mahkemesi örneğin medeni kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak detaylı rehberlik yapmıştır; hatta geleceğe yönelik düzenlemelere işarete etmiştir. Diğer bir deyişle bir hukuk mahkemesinde ve bir hukuk davasında medeni kanunun nasıl uygulanacağını belirlemiştir. Bu rehberlik o kadar detaylıdır ki kararı okuduğunuzda Anayasa Mahkemesi'nin gerçekte davanın esasına karar verdiğini anlarsınız ve bu durumda yanlış karar verme ihtimali olan ilk derece mahkemesine niye geri dönülmesi gereksin diye sorarsınız. Anayasa Mahkemesi böyle detaylı kararlar verdiği zaman sıradan mahkemelerle bu konu üzerinde konuşurlar ve bu da karışıklığa neden olma potansiyeli taşır. Macaristan'da ise İtalyan tipi referans ayrı bir karışıklık kaynağıdır, çünkü Macar Anayasa Mahkemesi'nin yaratıcı olması için yargılama mahkemesi tarafından anayasaya aykırılığı iddia edilen yasayı kitapta yazdığı biçimiyle değil de, anayasaya aykırı olan yaşayan hukuku göz önünde tutarak incelemesi gerekmektedir. Bu durumda Yüksek Mahkeme ile sıradan mahkeme arasında gerçek bir çatışmaya veya açık bir huzursuzluk potansiyeline sahip olursunuz. Bunu iyi işleyebilir yapmak için, hali hazırda iyi işlemektedir, fakat daha iyi işleyebilmesi için yapılanlar durumu daha da kötüleştirmektedir. Macaristan'da ilk derece mahkemelerinin kararları yayımlanmamaktadır. Yargıtay'ın kararları da tam metin halinde yayımlanmamaktadır. Yargıtay raportörü bazen okuduğunuzda olayları bile anlamanıza olanak vermeyen biçimde kararın bir özetini hazırlamaktadır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin nasıl olup da yaşayan hukuka ilişkin bir görüş sahibi olduğu merak konusudur. Resmi yayında bunu bulamamaktadırlar ve bunun sonucu yeterince karara ve bilgiye sahip değildirler. Herhangi bir kimse özel olarak bir hâkime ulaşmak suretiyle herhangi bir mahkemeden bir karar edinebilirse de böyle bir şey anayasa yargısının nasıl işlemesi gerektiğine ilişkin şeffaflık idealini güçlendiren bir uygulama değildir. Emin değilim ama sorunuzu doğru anladığımı umuyorum.

TARTIŞMA

Klaus von BAYME: Profesör Pasquino beni bir yorum yapmaya zorladı. Alman örneği ile ilgili söylenmesi gereken her şeyi Renata söyledi bence. Ama işin genelindeki farklılıkları görebildiğim kadarıyla belirteyim. Alman Anayasa Mahkemesi mahkemelere ve yasamaya karşı çok daha sert davranıyor. En azından davayı geri gönderip şu veya bu kurala uymanız gerekir diyor. Ancak, neye karar vermeleri gerektiğini detaylı bir şekilde tarif etmiyorlar. Yasama ise genelde iki şeyle meşgul. Alman Yüksek Hakimleri kendilerini ufak çaplı filozoflar yerine koyduklarından çok fazla teori üretiyorlar. Daha kötüsü, kararlarında gerçekten öneme sahip olmayan pek çok gerekçeye yer veriyorlar. Tüm bunlar yasama tarafından dikkate alınmak zorunda ve bu da yasama yönüne çatışmaya sebep olmaktadır. Bu benim temel hipotezim. Teşekkür ederim.

Salondan: Pasquino'nun Almanya ve İtalya karşılaştırmasına bir şey eklemek istiyorum. Almanya yenik düşmüştü ve bizler de bunu biliyorduk. İtalya ise Mussolini rejiminden kurtulmanın etkisiyle mutlu bir ülkeydi. Yani daha sürekli bir durum vardı. Almanya'da hemen Anayasa Mahkemesi'ne iletilen daha az dava vardır. Almanya'da saflaştırma daha şiddetli bir şekilde yapılmıştır ve bu yüzden İtalya'da daha az sorun olmuştur.

Oturum Başkanı: Evet, başka sorusu olan?

Önder AYHAN: Sayın Başkan, izin verirseniz sabahki oturumda sayın Pasquino bildirisini verdikten sonra ayrıldı ve sorulacak sorulara öğleden sonraki oturumda cevap verebileceğini ifade etmiştik. Şimdi kendisi burada olduğuna göre sabah tebliğiyle ilgili bir sorum vardı. Eğer uygun olursa sorumu kendisine yöneltmek istiyorum.

Özellikle Fransız konuşmacıya sabah şunu sormuştum; Avrupa Birliği ülkeleri hem kendi Anayasalarına hem de topluluk hukukuna uygun davranmak zorunda ve yasalarını onlara uygun çıkarmak zorundalar. Ancak, geçtiğimiz birkaç gün önce Fransız Hükümeti Fransa Anayasası'nı değiştireceğini ve 2007'den sonra topluluğa üye olacak ülkeler için referandum

şartını koyacağını açıkladı. Bu Avrupa Birliği müktesebatına ve o müktesebatın bir parçası olan Kopenhag Kriterleri'ne aykırıdır. Birliğin ilk kurucularından olan İtalya bu konuda ne düşünüyor? Avrupa Birliği'nde topluluk hukukunu koruyacak Anayasa Mahkemesi düzeyinde bir müşterek mahkeme olmadığına göre Strasbourg hariç her üye ülke diğer bir üye ülkenin veya üye aday ülkenin aleyhine olabilecek kararları böylece serbestçe alabilir mi? Eğer her üye ülke bu tür kararlar alabiliyorsa Avrupa Birliği'nde bir topluluk hukukundan bahsedilebilir mi? İtalya ne düşünüyor, İtalya Anayasa Mahkemesi ne düşünüyor? Sayın Anayasa hukukçusu konuşmacı ne düşünüyor? İzin verirseniz duymak istiyorum.

Pasquale PASQUINO: Karmaşık bir soru. Anlayabildiğim kadarıyla bence iki önemli nokta var. İlk olarak, İtalya ulusal hukuk, anayasa hukuku ve Avrupa hukuku arasında yaşanan çekişmelerin minimal düzeyde olduğu bir ülkedir. Bunun sebebi ise İtalya ulusal kimlik ve uluslararası egemenlik olgusu gelişmemiş bir ülkedir. İtalya yakın geçmişten bir ülkedir ve Milano'dan olmanın güçlü bir manevi etkisi vardır. Fransa, İngiltere ve Hollanda gibi uzun bir geçmişe sahip ülkelerde durum farklıdır ama bu daha önemsiz bir nokta. Diğer bir nokta yeni üye ülkelerin alımıyla ilgili. İtalya yine tuhaf bir konumda, kamuoyu her zaman Avrupa'nın sistematik olarak genişletilmesinden yana olmuştur. Ama aslına bakarsanız dürüst olmak gerekirse insanlar bu gibi sorular üzerine ciddi olarak düşünmüyorlar. Birşeyi destekliyorlar, ama sadece destekliyorlar, bunu gerekçelere dayanarak yapmıyorlar. Ama sistematik olarak tepki üretildi ve bu sadece İtalya'da değil tüm Güney Avrupa ülkeleri bu kamuoyu düşüncesinde birleşiyor. İngiltere, İsveç ve Danimarka bu görüşe daha az yakınlar. Son olarak İtalya'da Avrupa sorunuyla ilgili hiç referandum yapılmadı, çünkü kamuoyu görüşü genelde olumlu oldu. O yüzden insanlara sormak amaçlı para harcama gereği ortadan kalktı çünkü %80'i devamlı olarak evet demekte. Bu %80'i karutlamak için para kaybetmek anlamsız. Ayrıca şunu da eklemeliyiz ki bu meclisin yetkisindedir.

Oturum Başkanı: Evet, efendim.

Soru mu, açıklama mı?

Klaus von BEYME: İtalya ile ilgili özel bir oturum açmadan önce Profesör Feldbrugge'e ve Rus Mahkemesi'nin ilk dönemi ile ilgili değerlendirmesine değinmek istiyorum. Anladığım kadarıyla politik rolün Rusya örneğinde epey faydası dokunduğunu düşünüyorsunuz. Ben bu görüşü paylaşmıyorum. Özet olarak bir anekdotla bunu anlatabilirim. Zorkin ile bir görüşmem oldu ve pek çok konu hakkında konuştuk. Birden bire bana sordu: *"Bizim nasıl karar verdiğimizi görmediğin açık. Biz Komünist Parti'nin söylediği biçimde karar veriyoruz. Almanya'da durum nasıl?"*. Ben de bunu Alman Anayasa Mahkemesi Başkanı'na soramayacağımı, eğer sorarsam kendisinin muhtemelen beni kovacağını söyledim. O da, bunun sorun olmadığını ve benim güvenilir bir kişi olarak hemen böyle bir bilgiyi gazetelere yetiştirmeyeceğime inandığını söyledi. Daha sonra bana kafasından geçeni anlattı ve yaklaşık altı ay sonra tam da bana anlattığı gibi bir karar verdiler. Bana göre bu hiç profesyonel bir tutum değildi. Tabii ki ne ben ne de söz konusu dava önemliydi ama bu tutumunu devam ettirdi. Bir tür popüler lider haline gelmişti ve Başkanla yarış halindeydi ve Başkan Mahkeme'yi hepten kaldırmayacak kadar akıllı davrandığı için şanslı sayılırız. Çünkü, bildiğiniz gibi perdenin arkasında popüler lider Zorkin'le yaşanan kötü tecrübeden dolayı tam olarak bunu yapmak isteyen pek çok kişi bulunmaktaydı. Teşekkürler.

F. J. M. FELDBRUGGE: Kısa olarak cevap vermem gerekirse, politik değerlendirme açısından çok düşündüğüm bir konu bu. İlk Zorkin Mahkemesini koşulsuz olarak desteklemiş değilim. Sizin eleştirinize katılabilirim ama görüşümden eminim. Ama yine de Yeltsin yönetimi hakkında genel olarak olumsuz bir görüşe sahip olduğumu söyleyebilirim. Çok kalabalık bir grup olduğumu düşündüğüm Meclisle Yeltsin'in yaptığı gibi mücadele etmek gerçekten güç bir iş, ancak Meclisin demokratik karakteri bir sonraki seçimde daha büyük bir Yeltsin grubu geldiğinde teyit edilmiş oldu ve Yeltsin'in parlamento-ya karşı eylemleri anayasal kuralların tümünden ihlali anlamına

geliyordu. Bununla ilgili tüm anayasa kurallarını hiçe saydı. Bu konulara yazılı tebliğimde özet olarak değindim ve eğer Anayasa Mahkemesi bu konularda sessiz kalsaydı tamamen işe yaramaz hale gelirdi. Bu bildiğiniz gibi en hayati sınavdır ve Rusya'da doğmakta olan enerjik ve genç demokrasinin olgunluğunun, daha önce de belirttiğim gibi, bir anlamda etkileyici bir işareti olarak kabul edilebilecek olan şey onu hapsetmek yerine yeniden kurmalarıdır. Bu da iyi bir şey.

Oturum Başkanı: Evet, konuklarımızı daha fazla yormayalım. Hepinize iyi akşamlar diliyoruz. Konuşmacılara çok teşekkür ediyoruz.

ÜÇÜNCÜ GÜN

BİRİNCİ OTURUM

**“Yargının
Demokratik Sistemlerde Konumu:
Demokratik Bir Güç mü,
Bürokratik Bir Hegemonya mı?”**

Oturum Başkanı
Av. Özdemir ÖZOK
(Türkiye Barolar Birliği Başkanı)

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; 4-5-6 Ocak 2005 günleri arasında düzenlediğimiz “Demokrasi ve Yargı” konu başlıklı toplantının son oturumunu çok değerli hocalarımızla birlikte tamamlayacağız.

Değerli konuklar; gerçekten üç gündür, özellikle yabancı konuklarımızın da katkılarıyla, bizim kendi değerlerimiz olan, çok kıymetli hocalarımızın da katkılarıyla, çok anlamlı, çok yararlı, çok faydalı bir toplantı gerçekleştirdik. Ben ayrıca, belki sayısal olarak zaman zaman, en az bugünkü gördüğüm kadarıyla, fakat katılan değerli katılımcıların kişilikleri, kimlikleri ve nitelikleri bakımından toplantının çok üst düzeyde geçtiğini görmekten büyük mutluluk duydum ve şunu bir kez daha hep beraber arkadaşlarımızla Barolar Birliği olarak tespit ettik: Eğer siz mutfakta güzel ürünler, güzel yapılanmalar gerçekleştirirseniz, bir biçimde insanlar buna ilgi duyuyor ve bu yoğun iş telaşı içerisinde dahi, bu ve benzeri toplantılara zaman ayırabiliyorlar.

Ben konuşmamı biraz ağır ağır sürdürüyorum, çünkü çeviri yapan değerli çevirmen arkadaşımız “tane tane konuşun” dedi, onun için biraz tane tane konuşuyorum. Aslında bu benim tarzım değil, çok süratli ve çabuk konuşan birisiyim. Sarıyorum, sıkıntı yaratıyor, herhalde açış konuşmasında güçlük çekmişler. Bu kez sabah geldiler, böyle bir ikaz yaptılar. Ben de tabii, işitme özürlerine yakın bir ağırlıkta açıklamalar yapıyorum. Bu da, tabii işin esprisi.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Değerli konuklar; bu kısa girişten sonra, hakikaten ülkemizde Anayasa hukuku ve Anayasa eğitimi, Anayasa denildiği zaman akla gelen çok önemli isimlerden, köşe taşlarından biri -burada bunu söylemek durumundayım, çünkü sizlerle paylaşmak istiyorum- gerçekten Prof. Ergun Özbudun'dur. Sayın hocamızla başlayacağız, bugünkü oturumumuzun konusu olan "Yargının Demokratik Sistemlerde Konumu: Demokratik Bir Güç mü, Bürokratik Bir Hegemonya mı?" başlıklı bu konumuzun ilk konuşmacısı. Biraz önce de niteliklerinden bahsettiğim, bu konuların çok derinliğine nüfuz etmiş değerli hocamızın, kuşkusuz bu konularda bize anlatacakları, bizim ufkumuzu açacak çok önemli mesajlar vereceğine inanıyorum.

Ben sözü daha fazla uzatmadan, değerli hocamıza bırakıyorum; buyurun sayın hocam, söz sizde.

ERGUN
ÖZBUDUN'UN
TEBLİĞİ

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN (Bilkent Üniversitesi):* Sayın Başkan, değerli konuklar; her şeyden evvel, sayın Başkan'ın hak etmediğim bu lütufkar sözlerine teşekkür ederim.

Benim tebliğimin konusu, Anayasa yargısı ve demokratik meşruluk sorunu. Buna ilk iki günkü konuşmalar içinde değişen meslektaşlarımız da oldu. Ben konuyu hem teorik açıdan, hem Türkiye açısından ele almaya çalışacağım.

20. yy. sonları anayasacılık hareketlerinin en belirgin özelliği, Anayasa yargısının şimdiye kadar emsali görülmemiş ölçüde yaygınlaşmış olmasıdır. Bir zamanlar büyük ölçüde Amerika Birleşik Devletleri'ne özgü bir özellik telakki edilen Anayasa yargısı, İkinci Dünya Savaşı sonrası Alman, İtalyan ve Avusturya Anayasası ile Avrupa Kıtası'nda yer etmeye başlamış, bunu 1958 Anayasası ile kurulan Fransız Anayasa Konseyi ve 1961 Anayasası ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi izlemiştir. 1974 Portekiz Devrimi ile başladığı kabul edilen üçüncü demokratikleşme dalgası içinde önce Güney Avrupa, daha sonra Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri istisnasız olarak Anayasa yargısını benimsemişlerdir. Bunların hepsi, karma bir

* "Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu" başlıklı tebliğ.

sistem kurmuş olan Yunanistan istisna edilirse, merkezileşmiş bir Anayasa yargısı sistemini kabul etmişler, yani kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimini genel mahkemelere değil, özel bir Anayasa Mahkemesi'ne bırakmışlardır. Anayasa yargısı, Avrupa Kıtası dışında da birçok ülke tarafından benimsenmiştir.

Bu gelişimin, yasama organı aleyhine ve yargı organı lehine önemli ölçüde bir iktidar transferini içerdiğinde kuşku yoktur. O kadar ki, Ran Hirschl, bu yeri anayasacılık eğilimini "yargı iktidarı" (juristocracy) olarak adlandırmaktadır. Aynı yazara göre, "halen yeni anayasacılık dünyasında er geç bir yargısal ihtilaf haline gelmeyen hemen hiçbir ahlaki veya siyasal ihtilaf yoktur. İddia edilebilir ki, yargı iktidarı yönündeki küresel eğilim, 20. yy. sonlarında ve 21. yy. başlarındaki devlet yönetimi sistemlerinin en önemli gelişmelerinden biridir."¹

Bu gelişmenin önemli akademik ve pratik sorunları ortaya çıkardığı kuşkusuzdur. Her şeyden önce Anayasa yargısındaki bu ani küresel yaygınlaşma nasıl açıklanabilir? Siyasal elitleri, karar alma yetkilerinin önemli bir bölümünü yargı organına devretmeye sevk eden etken veya etkenler nelerdir? Anayasa yargısını benimseyen ülkeler arasındaki zamanlama farkları ve benimsenen denetim türündeki farklılıklar nasıl izah edilebilir? Nihayet, yargı iktidarı yönündeki bu eğilimin, demokratik teori ve pratik açısından sonuçları nelerdir?

Seçilmiş olmayan ve halka hesap verir (accountable) konumda bulunmayan Anayasa yargıçlarının geniş devlet yetkilerini kullanmaları, demokratik meşruluk ilkesi açısından nasıl açıklanabilir? Çelişik gibi görünen bu iki ilkeyi, bir ölçüde de olsa, bağdaştırabilmek için ne gibi kurumlar ve araçlar önerilebilir? Bu gibi sorunlar, son on yıl da dünya siyaset bilimi ve mukayeseli Anayasa hukuku literatürlerinde geniş yer bulmuş olmakla birlikte, Türkiye'de konunun akademik düzeyde nadiren tartışıldığı görülmektedir.

¹ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism* (Cambridge, Massachusetts and London, England: Harvard University Press, 2004), s. 1.

Anayasa Yargısının Siyasal Kökenleri

Bir sert Anayasa sisteminde Anayasa yargısı, biçimsel hukuki meşruluğunu elbette doğrudan doğruya Anayasa hükümlerinden alır. Ancak bu, onun sosyolojik meşruluğunu açıklamak bakımından yetersizdir.

Diğer bir deyimle, kurucu iktidarın, daha doğrusu onu kullanan siyasal elitlerin niçin bu yönde bir tercih yaptıkları açıklanmamaktadır. Bunu açıklamak amacıyla çeşitli teoriler ortaya atılmış olmakla birlikte, içlerinden özellikle ikisi Anayasa yargısının sosyolojik kökenlerini aydınlatmak açısından diğerlerine oranla daha büyük güce sahip görünmektedir.

Bunlardan birincisi, evrimci teori veya sosyal sözleşme teorisi olarak adlandırılabilir. Buna göre, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra Batı toplumlarında temel hak ve hürriyetlerin korunmasına verilen öncelik ön plana çıkmıştır. Anayasa yargısı veya kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi ise, temel hakların korunmasını en iyi sağlayacak araç olarak görülmektedir. Bu anlamda savaş sonrası Anayasalar, yeni bir sosyal sözleşmeyi, yani kurucu iktidarın sahibi olan halkın, çoğunlukçu demokrasi modeli aleyhine ve çoğulcu demokrasi modeli lehine yaptığı bilinçli tercihi yansıtmaktadır. Bu görüşe göre demokrasi, çoğunluğun iktidarı ile anlamdaş değildir; gerçek bir demokraside azınlıklar, parlamento tarafından bile değiştirilemeyecek yazılı bir Anayasa ile korunan hukuki güvencelere sahip olmalıdır. Bu güvencelerin koruyucusu ise, parti politikalarının baskısından uzak, tarafsız yargıçlardır.²

Alec Stone Sweet, benzer bir görüşü şu şekilde ifade etmektedir: *"Hesap şudur: Devlet, anayasal haklar olmaksızın daha iyi durumda mı olacaktır? Anayasal haklardan nasıl yararlanılacağı ve bunların hukukken nasıl korunacağına, yasama organı üyeleri tek başına mı karar vermelidir? Bugün Avrupa'nın çok büyük bölümünde her iki sorunun da cevabı, açık ve kararlı bir hayırdır ... Anayasa*

² Aynı eser, s. 32-33.

yargıçlarının hakları korurken kanun koyup koymadıkları sorusunun ötesine geçerse, gerçekte Anayasa yargıçlarının hakları hükümetlerden ve parlamentolardan daha iyi koruyup korumadıklarını veya Anayasa denetiminin yokluğunda daha iyi koruyup koruyamayacaklarını sorarsak, gerçeğe daha fazla yaklaşmış oluruz. Bu sorunun cevabı olumlu olduğu ölçüde, anayasal denetimin meşruluğu da o derece sağlamlaşır.”³

Anayasa yargısının siyasal kökenleriyle ilgili ikinci ve ben-
ce daha inandırıcı bir teori, Ran Hirschl tarafından ortaya atıl-
mıştır. Hirschl, “hegemonyacı korunma” adını verdiği bu tezi,
yakın zamanlara kadar İngiliz hukuk sisteminin güçlü etkisi
altında olan ve dolayısıyla Anayasa yargısına yer vermeyen
dört ülkenin (Kanada, İsrail, Yeni Zelanda ve Güney Afrika)
ayrıntılı incelenmesi sonucunda oluşturmuştur. Dört ülkenin
hepsinde 1980’li ve 1990’lı yıllarda Anayasalara temel hak ve
hürriyetleri düzenleyen ayrıntılı hak beyannameleri eklenmiş
ve buna paralel olarak yargı organının Anayasa’ya uygunluk
denetimi yetkisi ortaya çıkmış veya büyük ölçüde genişlemiştir.
Hirschl’e göre yakın zamanlarda bu ülkelerde temel haklara
Anayasa metinlerinde yer verilmesinin ve Anayasa yargısının
benimsenmesinin temel sebebi, insan haklarının korunması
konusunda aniden belirmiş idealist bir düşünce değil, ko-
numlarını gitgide tehlikede gören hakim siyasal elitlerin onu
anayasal güvencelerle sağlamlaştırma istekleridir. Seçmen küt-
lesindeki desteklerinin zayıflamakta olduğunu gören ve temel
değerlerini ve menfaatlerini çoğunlukçu demokrasi mekaniz-
malarının belirsizliklerine terk etmek istemeyen siyasal elitler,
bu menfaatlerin korunmasını, daha kolay etkileyebileceklerini
ümit ettikleri Anayasa yargısına bırakmayı tercih etmişlerdir.
Siyasal elitlerin bu çabalarına, mülkiyet, hakkı, sözleşme ve
özel teşebbüs hürriyetleri gibi temel menfaatlerini anayasal
güvence altına almak isteyen ekonomik elitler ve siyasal sis-
tem içindeki etkilerini artırma arzusunda olan yargısal elitler
de destek olmuşlardır. Her dört ülkede Anayasa yargısının

³ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe* (Oxford: Oxford University Press, 2000), s. 151.

benimsenmesi, bu üç elit grubunun oluşturduğu koalisyonun çabaları sonucunda gerçekleşmiştir. Görülüyor ki, Anayasa yargısı tercihi, siyasal elitler bakımından bir fayda-maliyet hesabını içermektedir. Siyasal elitler, yetkilerinin bir kısmını mahkemelere devretmekle belli bir bedel ödemekle birlikte, temel değer ve menfaatlerinin daha güvenceli bir korunmaya sahip olması açısından yarar sağlamaktadırlar. Şüphesiz, bu hesabın doğru çıkması, kurulan Anayasa mahkemelerinin, kendilerini kuran ya da yetkilendiren siyasal elitlerin beklentileri doğrultusunda kararlar vermelerine bağlıdır. Bunun uzun vadede bir garantisi olmamakla birlikte, dört ülkedeki uygulama da, mahkemelerin genellikle bu beklentilerle uyumlu yönde kararlar verdiklerini göstermektedir.⁴

Kanımca Hirschl'in teorisi, Türkiye'de Anayasa yargısının doğuşunu açıklamak bakımından en inandırıcı teoridir. Türk siyasetindeki temel bölünme çizgisinin, merkezi askeri ve bürokratik elitlerle, çevresel güçler arasındaki bir merkez-çevre (center-periphery) çatışmasına dayandığı yolunda, Türk siyasal bilimcileri arasında büyük ölçüde görüş birliği mevcuttur.⁵ Burada çevresel güçlerden kastedilen, yönetici sınıfa, yani askeri-bürokratik elite dahil olmayan bütün toplum kesimleridir. Askeri-bürokratik elit, Tanzimat reformlarından itibaren Türk siyasal hayatına hakim olmuş, onu temsil eden İttihat ve Terakki ve CHP, 14 Mayıs 1950 seçimlerine kadar kesintisiz bir

⁴ Hirschl, *a.g.e.*, tümü ve özellikle s. 50-99.

⁵ Bu bölünmeye ilk dikkat çeken, Şerif Mardin olmuştur: "*Center-Periphery Relations: A Key to Turkish Politics*," *Deadalus* (winter 1972): 169-190; aynı yönde Ergun Özbudun, *Social Change and Political Participation in Turkey* (Princeton: Princeton University Press, 1976), Bölüm 2; Metin Heper, *The State Tradition in Turkey* (Walkington: Eothen, 1985). Başka yazarlar, bu ikileşmeye farklı ifadelerle değinmişlerdir. Mesela Emre Kongar'a göre Türk siyasal hayatındaki temel bölünme çizgisi, devletçi-seçkinlerle gelenekçi-liberal cepheler arasındadır: *Türkiye'nin Toplumsal Yapısı*, c. 1 (İstanbul: Remzi Kitabevi, 1985), s. 143-144. İdris Küçükömer, bu bölünmeyi, İslamcı-doğucu cephe ile batıcı-laik cephe arasında görmektedir. Ancak Küçükömer, genellikle kabul edilen görüşün tersine, İslamcı-doğucu cepheyi solda, batıcı-laik cepheyi ise sağda olarak nitelendirmektedir: *Düzenin Yabancılaşması: Batılama* (İstanbul: Ant Yayınları, tarihsiz), s. 82.

biçimde iktidarı ellerinde bulundurmuşlardır. 1950 seçimleri, çevresel güçleri etkin şekilde mobilize etmeyi başaran Demokrat Parti'nin (DP) zaferiyle sonuçlanmıştır. Merkezi askeri-bürokratik elitin eseri olan 1924 Anayasası, o dönemde TBMM, tek-partili CHP rejiminin tam hakimiyeti altında olduğundan, bütün yetkileri Meclis'te toplamış, Anayasa yargısına ve yargı bağımsızlığına yer vermemiş, temel hak ve hürriyetlere değinmekle birlikte onları yeterli anayasal güvenceye kavuşturmamıştır. Kısacası, 1924 Anayasası, çoğulcu değil, tam anlamıyla çoğunlukçu bir demokrasi anlayışını yansıtmıştır.

Tek-parti mekanizması yoluyla TBMM çoğunluğu garanti altında olduğu sürece, Anayasa yargısının ve yargı bağımsızlığının yokluğu, askeri-bürokratik elitler bakımından sorun teşkil etmemiş, hatta kendi siyasal tercihlerini kolayca kanunlaştırmak açısından büyük avantaj sağlamıştır. 1950 seçimleriyle çevresel güçlerin iktidara gelmesi, bu durumu kökten değiştirmiştir. 1950 yılından itibaren, askeri ve bürokratik elitlerin temsilcisi olan CHP, Anayasa yargısının ve yargı bağımsızlığının kabulü yönünde ısrarlı taleplerde bulunmaya başlamıştır. Anayasa Mahkemesi kurulması talebi, CHP'nin 1957 seçimlerinden önce yayınladığı Seçim Beyannamesi'nde ve CHP 14. Büyük Kurultay'ında kabul edilerek 14 Ocak 1959 tarihinde ilan edilen İlk Hedefler Beyannamesi'nde açıkça yer almıştır. Ancak bu defa da, çoğunlukçu demokrasinin avantajlarından kendisi yararlanmakta olan DP iktidarı, bu taleplere soğuk bakmıştır. İki milletvekili (Necip Bilge ve Ahsen Aral) tarafından 1950'li yıllarda verilen ve mahkemelerin Anayasa'ya aykırı kanunları uygulamama yetkisinin tanınmasını öngören kanun teklifleri de, TBMM'ce görüşülmeden kadük olmuşlardır.⁶ Gerçekten, 1950'li yıllarda, özellikle 1957-60 döneminde Anayasa'ya uygunlukları kuşkulu birçok kanun çıkmış ve bu durum, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin ortamını hazırlayan faktörler arasında yer almıştır.

⁶ Erdal Onar, *Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler*, s. 187-201, Ankara, 2003.

Tamamen devlet elitlerinin ve onların temsilcisi konumundaki CHP'nin hakimiyetinde olan 1960-61 Kurucu Meclisi, Anayasa yargısını fazla bir tartışma olmaksızın kabul etmiş ve 1961 Anayasası'nda yer alan Anayasa Mahkemesi, 1962 yılında faaliyete başlamıştır. Bunun yanında 1961 Anayasası, temel hak ve hürriyetleri ayrıntılı olarak düzenleyen ve genel olarak yargı organını güçlendiren hükümler ihtiva etmektedir. 1961 Anayasası'nun temel felsefesi, 1924 Anayasası'nun çoğunlukçu demokrasi anlayışının yerine, temel hak ve hürriyetlerin güçlü yargı güvencesi altında olduğu çoğulcu demokrasi anlayışını geçirmektir. Bunun, 1950-60 yılları arasında çoğunlukçu demokrasi uygulamalarından çok acı çekmiş olan devlet elitleri açısından, bilinçli bir siyasal tercih olduğunda kuşku yoktur.

DP üyeleri 1961 Anayasası'nun yapımı sürecinden tümüyle dışlanmış oldukları için, Türk siyasetinin bu kanadının 1961 Anayasası'nun getirdiği yenilikler konusundaki düşüncelerini ancak dolaylı yoldan anlamak mümkündür. Eski Cumhurbaşkanı Celal Bayar, 1924 Anayasası'nın Atatürk'ün kayıtsız şartsız millî egemenlik ilkesiyle daha uyumlu olduğunu, çünkü bütün yetkileri millî egemenliğin temsilcisi olan TBMM'de topladığını ileri sürmüştür. Bayar'a göre 1961 Anayasası, millî egemenliğin kullanılmasına ordu ve aydınlar gibi yeni ortaklar getirmiştir. Ordu, Millî Güvenlik Kurulu ile, aydınlar da Anayasa Mahkemesi, üniversiteler, TRT, Planlama ve hatta Senato'nun seçim dışı gelen üyeleriyle devlet ortaklığına girmektedirler. Böylece, Osmanlı Devleti'nin, Saray, Medrese ve Ordu'dan oluşan üçlü yönetim sistemine geri dönmüş olunmaktadır. 1961 seçimlerinden sonra DP'nin başlıca siyasal varisi olarak ortaya çıkan Adalet Partisi (AP) de, 1961 Anayasası hakkında net olmayan fikirlere sahiptir. AP, bu Anayasa'yı tümünden reddetmemek ve onun çerçevesinde faaliyette bulunmaya özen göstermekle birlikte, sık sık 1961 Anayasası ile devletin yönetilemeyeceğinden şikayet etmiş, özellikle yürütme organının güçlendirilmesini ve millî egemenliği temsil eden kurumlara daha büyük ağırlık verilmesini savunmuştur. 1961 Anayasası, Anayasa'nın üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı, yargı denetimi gibi ilke ve kurumlarıyla, çoğunluğun sınırsız hakimiyetini engelliyordu. "Buna karşılık

AP, 'kayıtsız şartsız millet egemenliği' ya da daha doğrusu 'milleti temsil eden' parlamento çoğunluğunun ve onun hükümetinin bu gibi kayıtlardan kurtarılmış yönetimini sağlama teziyle ortaya çıkıyordu. Buna göre, söz eksiksiz olarak milletin temsilcilerinde olmalıydı; bu olanıyorsa 'millet'in bizzat kendisi devreye girmeliydi.'⁷ AP'nin bu tutumunun, onun 1960'lı yıllarda rakipsiz çoğunluk partisi olma konumuyla yakından ilişkili olduğunda kuşku yoktur.

Gene tümüyle devlet elitlerinin iradesinin ürünü olan 1982 Anayasası'nda, Anayasa Mahkemesi'nin varlık ve yetkilerine dokunulmamış, aksine Mahkeme, bu elitlerin temel siyasal değer ve tercihlerini koruyacak bir araç olarak düşünülmüştür. Anayasa'yı yapan devlet elitlerinin temel ideolojisi olan Atatürkçü düşünce sistemi, Anayasa'nın Atatürk devrimlerini, laikliği ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü koruyan pek çok hükmüne yansımıştır. Keza 1982 Anayasası, çoğunluğu temsil eden siyasal elitlere karşı 1961 Anayasası'nın da hayli ötesine geçen bir güvensizliği yansıtan birçok hüküm içermektedir.

1982 Anayasası'nın yirmi iki yıllık uygulamasında Anayasa Mahkemesi'nin, kendisini yaratan ve yetkilendiren devlet elitlerinin değer ve beklentileri ile esas itibariyle uyumlu bir tavır sergilediği söylenebilir. Bu tavır, özellikle siyasi parti kapatma davalarında gözlemlenebilir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu hükümlerini oldukça katı bir biçimde yorumlayarak, İslamcı ve etnik partiler hakkında daima kapatma kararı vermiştir. Bu tutumuyla, Atatürkçü düşünce sisteminin iki temel direği olan milli ve üniter devletle laiklik ilkesinin korunmasına özel bir özen gösterdiği söylenebilir. Bir yazarımız, Anayasa Mahkemesi'nin siyasal haklara ilişkin bu tutumunu, "hak temeline dayanan" değil, "ideoloji temeline

⁷ Bülent Tanör, *İki Anayasa: 1961-1982*, İstanbul, Beta, 1986, s. 29-37, 61-67, alıntı s. 35. 1962-1977 döneminde AP iktidarları ile Anayasa Mahkemesi arasındaki sürtüşmeler ve AP çevrelerince Anayasa Mahkemesi'ne yöneltilen eleştirilerin somut örnekleri için, bkz., Artun Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi ("Siyasal Sistem" Teorisi Açısından Türk Anayasa Mahkemesi)*, (Ankara: A. Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1980), s. 291-310.

dayanan" bir yaklaşım olarak tanımlamakta ve Anayasa Mahkemesi'nin, resmi ideolojinin muhafızlığını, liberal bir hak anlayışına tercih ettiğini ileri sürmektedir.⁸

Benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesi, birçok kararında, kendisini kuran ve yetkilendiren devlet elitlerinin çoğunlukçu demokrasi mekanizmalarına karşı duyduğu kuşku ve güvensizliği yansıtmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu, özellikle olağan kanun hükmünde kararnamelerin çıkarılmasını önemlilik, zorunluluk, ivedilik ve kısa sürelilik gibi Anayasada mevcut olmayan şartlara bağlayan kararlarıyla (E. 1988/64, K. 1990/2, K. T. 1 Şubat 1990, AMKD, S. 26, s. 63-64, 68, 73; aynı yönde, E. 1989/4, K. 1989/23, K. T. 16 Mayıs 1989, AMKD, S. 25, s. 245; E. 1988/62, K. 1990/3, K. T. 6 Şubat 1990, AMKD, S. 26, s. 115), olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnamelerinin etki alanını daraltan kararlarında (E. 1990/25, K. 1991/1, K. T. 10 Ocak 1991, AMKD, S. 27, C. 1, s. 100-102, 105-107; E. 1991/6, k. 1991/20, K. T. 3 Temmuz 1991, AMKD, S. 27, C. 1, s. 405-414) gözlemlenebilir. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu tutumuna başka bir örnek, 7 Şubat 2001 tarih ve 713 sayılı TBMM kararı ve 10 Nisan 2003 tarihli ve 766 sayılı TBMM kararıyla kabul edilen ve temel kanunların bölümler halinde görüşülmesine imkan veren içtüzük değişikliğini iptal etmiş olmasıdır (E. 2001/129, K. 2002/24, K. T. 31 Ocak 2002, RG, 18 Haziran 2002, S. 24789 ve E. 2003/30, K. 2003/38, K. T. 29 Nisan 2003, RG, 9 Temmuz 2003, S. 25163).

Her üç örnekte de Anayasa Mahkemesi, ilk bakışta yürütme organına karşı parlamentonun haklarını korur görünse de, bir parlamenter rejimde hükümetle parlamento çoğunluğunun zorunlu bir uyum içinde bulunduğu düşünülürse, aslında bu kararlar parlamento içi muhalefetin haklarını koruma amacını

⁸ Zühtü Arslan, *Official Discourse and Political Rights: A Critical Analysis of the Turkish Constitutional System* (Leicester Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne sunulan doktora tezi, 1996), s. 244-282. Aynı yazar, "Conflicting Paradigms: Political Rights in the Turkish Constitutional Court," *Critique: Critical Middle Eastern Studies* (Spring 2002): 11 (1), 9-25.

gütmekte, dolayısıyla çoğunlukçu demokrasi araçlarına karşı açık bir güvensizlik ifade etmektedirler.⁹

Sonuç itibariyle, Anayasa Mahkemesi'nin, kuruluşundan bu yana, kendisini yetkilendirmiş olan devlet elitlerinin beklentilerine uygun hareket etmiş olduğu söylenebilir.

Anayasa Yargısının Demokratik Meşruluğu Sorunu

Anayasa yargısının doğuşu nasıl açıklanırsa açıklansın, bu yargı kolunun demokratik meşruluğu sorunu, teorik ve pratik açıdan tartışma konusu olmaya devam etmektedir. Anayasa yargısının kurulması, önemli birtakım devlet yetkilerinin, halkça seçilmiş olmayan ve halka hesap verir konumda bulunmayan bir kuruma devri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla, kuvvetler ayrılığı ilkesi, kökenindeki anlamını kaybetmiş, yasama ve yargı kuvvetleri arasında bir karışım meydana gelmiştir. Anayasa mahkemelerinin verdikleri kararların, büyük çoğunlukla, özünde siyasal nitelik taşıdıklarında kuşku yoktur. Bir anlamda Anayasa mahkemeleri, ikinci bir meclis gibi çalışmakta ve bu durum, bir yandan yargının siyasallaşmasına, diğer yandan siyasetin yargısallaşmasına yol açmaktadır. Başka bir ifadeyle, yasama organı, bir iptal müeyyidesi ile karşılaşmamak için, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararlarını özenle dikkate almakta ve yasama faaliyetlerine büyük ölçüde hukuki mülahazalar hakim olmaktadır. Stone Sweet'e göre, *"yasama organı üyeleri anayasal kararlar alırken, anayasa yargıçıları gibi hareket etmektedirler ... Parlamentoların Anayasa yargıçıları gibi hareket etmelerini en açık biçimde, soyut norm denetimi politikalarına baktığımızda gözlemliyoruz. Muhalefetin Anayasa yargısına başvurma riski veya tehdidi, anayasal görüşmeleri tetikler. Normal olarak bu görüşmeler, hakların nasıl en iyi şekilde korunacağı ve hakların anayasal menfaatlerle nasıl en iyi şekilde dengeleneceği hususunda gerekçeli hükümlerle sonuçlanır. Kanun koyucular, sadece Anayasa hukuku konularını görüşmekle kalmaz, aynı zamanda kararlarını yargıçıların yaptıkları gibi, hukuki metinlere atıfta bulunarak savunurlar.*

⁹ Benzer bir yorum için, bkz., Ozan Ergül, *Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi: "Yeni Kurumsalcı" Bir Bakış* (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne sunulan doktora tezi, Ankara 2003), s. 253-274.

Bu davranış, aslında, genişletilmiş bir yargı süreci olarak tasavvur edilebilecek bir sürecin parçasıdır. Parlamentolar anayasal kararlar alırken, ilk derece anayasal denetim organları olarak hareket etmekte, Anayasa mahkemeleri de bunlar üzerinde bir çeşit temyiz denetimi yerine getirmektedirler.”¹⁰

Bu düğümü çözmek için ileri sürülen görüşler arasında, öncelikle, Avrupa tipi merkezleşmiş anayasal denetim sisteminin fikir babası olan Hans Kelsen'in düşüncelerine değinilebilir. Kelsen'e göre, bir kanunu iptal etmek, genel bir norm koymak demektir; çünkü bir kanunun iptali, onun yapılmasıyla aynı niteliği taşır. Dolayısıyla bir kanunu iptal yetkisini haiz olan bir mahkeme, yasama yetkisini kullanan bir organdır. Ancak Kelsen, Anayasa mahkemelerini, “negatif kanun koyucu” olarak vasıflandırmakta ve onları, pozitif kanun koyucu olan parlamentolardan ayırmaktadır. Ayrıca Kelsen'e göre, Anayasalar temel haklara ilişkin hükümler ihtiva etmemelidir; çünkü bu gibi hükümler, açık-uçlu nitelikleri nedeniyle, tabii hukukla ilişkilidirler. Temel haklarla ilgili kararlar verme, yargıçları kanun koyucu haline getirir.¹¹ Ancak modern Anayasaların hemen hemen tümünün, ayrıntılı haklar bildirilerini ihtiva etmeleri gerçeği karşısında Kelsen'in bu fikirlerinin geçerliliklerini korumadıkları söylenebilir. Üstelik, negatif kanun koyucu ile pozitif kanun koyucu arasındaki ayırım da açık değildir; çünkü iptal hükmü, yeni bir hukuki durum yaratır ve iptal hükmünün gerekçeleri, yeni bir kanuni düzenleme konusunda yasama organının hareket serbestliğini kısıtlar.

Anayasa yargısının demokratik meşruluğu konusunda Kelsen'in görüşlerine oldukça yakın bir görüş, ABD'de anayasal denetim konusunda çok etkili olmuş bir eserin yazarı John Hart Ely tarafından da ifade edilmiştir. Ely'e göre yargıçlar, denetimlerini “meşru sonuçlar” (legitimate outcomes) değil, “meşru süreçler” (legitimate processes) üzerinde gerçekleştirdikleri ölçüde, demokrasiyle anayasal denetim arasında bir çelişki yoktur. Diğer bir deyimle anayasa yargıçları, rakip

¹⁰ Stone Sweet, *a.g.e.*, s. 102-103.

¹¹ Aynı eser, s. 35-36.

değerler ve siyasal kavramlar arasında bir tercih yapmayarak bunu seçilmiş otoritelerin takdirine bırakmalı, denetimlerini demokratik sürecin işlerliği ile ilgili hususlara inhisar ettirmelidirler. Bununla da özellikle demokrasinin temsili niteliğini güçlendirecek ve herkese eşit siyasal katılma hakları tanıyacak bir denetim kastedilmektedir. Görülüyor ki, Ely'nin zihnindeki meşru anayasal denetim, esasa ilişkin olmaktan çok, usule ve süreçlere ilişkin bir denetimdir.¹² Ancak, geniş bir temel haklar kataloguna yer veren bir anayasa sisteminde, yargısal denetimin nasıl demokratik süreçler üzerindeki bir denetimle sınırlandırılabileceğini anlamak güçtür. Çünkü temel haklarla ilgili yargı kararları, büyük çoğunlukla, süreçleri değil, temel siyasal değerleri ve tercihleri ilgilendirir.¹³

Sonuç olarak, problemin kolay bir çözümünün mevcut olmadığı söylenebilir. Öyle görünüyor ki, Anayasa yargısının demokratik meşruluğu, ancak pragmatik gerekçelerle, yani mahkemelerin temel hakları yasama organlarından daha iyi koruyacakları yolunda Batı toplumlarında mevcut olan güçlü inançla savunulabilir. Öte yandan, Anayasa yargısının, çağımız anayasal gelişmelerinin vazgeçilmez bir unsuru haline geldiğinde de kuşku yoktur. Bu anlamda, çoğunlukçu demokrasi yöntemlerine geri dönüş, ne beklenebilir, ne de istenebilir bir gelişmedir. Buna rağmen, Anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirici yöntemler üzerinde düşünmekte yarar vardır.

Bu yöntemlerin en etkililerinden biri, anayasa yargıçlarının seçiminde siyasal organlara, özellikle milli iradenin temsilcisi konumunda olan parlamentolara ağırlık vermek ve yargıçlık görevini belli bir süre ile sınırlandırmaktır. Böylece, kamu oyunundaki eğilimlerin Anayasa mahkemelerine bir ölçüde de olsa yansımaları sağlanmış olacaktır. Başlıca Avrupa

¹² John Hart Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980).

¹³ Benzer bir eleştiri için, bkz., Christine Landfried, "Introduction," in Christine Landfried, ed., *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988), s. 16-18.

ülkelerinde Anayasa mahkemelerinin oluşumunda bu ilkeye uyulduğu görülmektedir. Fransa'da Anayasa Konseyi'nin dokuz üyesinden üçünü Cumhurbaşkanı, üçünü Milli Meclis Başkanı, üçünü de Senato Başkanı seçmektedir. Almanya'da on altı üyeden sekizini Birinci Meclis (Bundestag), sekizini İkinci Meclis (Bundesrat) seçmektedir. İtalya'da on beş üyeden beşi hükümetçe, beşi yargı organınca, beşi de Parlamento'nun ortak toplantısında seçilmektedir. İspanya'da on iki üyenin ikisi hükümetçe, ikisi yargı organınca, dördü Kongre'ce ve dördü Senato'ca seçilmektedir. Üyelik süresi, Fransa, İtalya ve İspanya'da dokuz yıl, Almanya'da on iki yıldır. Almanya ve İtalya'da yasama organlarınca seçilecek üyeler bakımından 2/3, İspanya'da ise 3/5 çoğunluk öngörülmüştür. Böylece, Anayasa mahkemelerinde, siyasal muhalefetin destekleyeceği üyelerin de yer alması sağlanmış olmaktadır.¹⁴

1961 Anayasası'nda (m. 145), on beş asıl ve beş yedek üyeden kurulan Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin çoğunluğunun yargı organları tarafından seçilmesine rağmen, Millet Meclisi'nin üç, Cumhuriyet Senatosu'nun da iki asıl üye ve birer yedek üye seçmeleri öngörülmüştü. Ayrıca Cumhurbaşkanı da, biri Askeri Yargıtay Genel Kurulu'nun göstereceği üç aday arasından olmak üzere, iki üye seçiyordu. Anayasa'nın ilk şeklinde, yasama meclislerince seçilecek üyelerden birer kişinin, üniversitelerin hukuk, iktisat ve siyasal bilimler öğretim üyelerinin birlikte toplanarak, açık üyeliklerin üç katı tutarında ve gizli oyla gösterecekleri adaylar arasından olması gerektiği öngörülmüştü. Bu şart, 1971 Anayasa değişikliği ile kaldırılmıştır. Keza, 1961 Anayasası'nın ilk metninde mevcut olan ve yasama meclislerince yapılacak seçimlerin ilk iki oylamasında üçte iki çoğunluk aranmasını öngören hüküm, 1971 değişikliği ile kaldırılmış ve yasama meclislerinin üye tamsayılarının salt çoğunluğu ile yetinilmiştir.

1982 Anayasası'nda ise, Anayasa Mahkemesi'nin on bir asıl ve dört yedek üyesinin tümünün Cumhurbaşkanı tarafından

¹⁴ Stone Sweet, *a.g.e.*, s. 49; Landfried, *a.g.e.*, s. 9.

seçileceği belirtilmiş olmakla beraber, Cumhurbaşkanı asıl üyelere sekizini ve yedek üyelere üçünü yüksek mahkemeler ve Yüksek Öğretim Kurulu'nun göstereceği üçer aday arasından seçmektedir. Cumhurbaşkanı, ancak üç asıl ve bir yedek üyeyi kendi serbest takdiriyle seçebilmektedir. Yasama meclisi ise üye seçimi sürecinden tamamen dışlanmıştır. Görülüyor ki, 1982 Anayasası, Anayasa Mahkemesi ile siyasal elitler arasındaki bağı, 1961 Anayasası'na oranla dahi, çok daha sınırlandıran bir sistem benimsemiştir. Gerçi Cumhurbaşkanı'nun da seçilmiş bir siyasal organ olduğu elbette savunulabilir. Ancak, 1982 Anayasası'nun yürürlüğe girdiği tarihte 12 Eylül askeri müdahalesinin lideri Orgeneral Evren'in yedi yıllık bir süre için Cumhurbaşkanlığına seçilmiş olduğu unutulmamalıdır. Bu durumda 1982 Anayasası'nun, siyasal elitlerin etkisinden mümkün olduğunca uzak, devlet elitlerinin etkisine ise mümkün olduğunca açık bir Anayasa yargısı yaratmış olduğu söylenebilir. Gerek 1961, gerek 1982 Anayasa'ları'nun üyelik süresini sınırlandırmamış olmaları da, kamu oyundaki değişimlerin Anayasa Mahkemesi'ne yansımaları güçleştirici bir düzenleme olarak eleştirilebilir.

Anayasa Mahkemesi, 2004 yılında tartışmaya açtığı bir Anayasa değişikliği önerisi ile, Anayasa Mahkemesi üyelerinin seçiminde TBMM'ye mütevazı bir rol tanıyan bir formül teklif etmiştir. Buna göre on yedi üyeden oluşacak Mahkeme'nin, on bir üyesi yüksek mahkemelerde, dört üyesi TBMM'ce, iki üyesi de Cumhurbaşkanı'nca seçilecektir. Öneriye göre, TBMM'nin bu konudaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Meclis, üyelere birini genel kamu hukuku, Anayasa, idare ve ceza hukuku alanlarında profesör olarak görev yapmış olanlardan Yüksek Öğretim Kurumu Genel Kurulu'nun teklif edeceği üç aday arasından; bir üyeyi en az on beş yıl fiilen avukatlık yapmış olanlardan Barolar Birliği'nce önerilecek üç aday arasından; iki üyeyi de en az üç yıl üyelik yapmış Sayıştay Başkanı ve üyeleri arasından seçecektir. Öneride üyelik için on iki yıllık bir süre öngörülmüştür. Bu mütevazı değişiklik önerisinin bile, özellikle diğer yüksek mahkemelerde tepki ile karşılandığı hatırlanırsa, Anayasa Mahkemesi'nin oluşumuna ilişkin Türk sisteminin,

Avrupa'daki benzerlerinden ne kadar farklı olduğu kolayca anlaşılabilir.

Anayasa yargısının demokratik meşruluğunu güçlendirecek ikinci bir faktör, özellikle temel siyasal tercihleri ve değer yargılarını ilgilendiren alanlarda Anayasa mahkemelerinin aktivist bir tutum yerine, kendi kendini sınırlama (judicial self-restraint) yaklaşımı izlemesidir. Anayasa yargıçları, kararlarında elbette kendi değer yargılarının etkisinde kalırlar. Değerlerden tümüyle arındırılmış (value free) bir yorum faaliyeti düşünülemez. Ancak öte yandan Anayasa yargıçları, kararlarına toplumun çoğunluğu tarafından meşruluk izafe edilmesine de önem verirler ve bu anlamda stratejik düşünürler. Bu da, onları, kendi kendilerini sınırlandırmaya sevk edebilir. Anayasa yargıçlarının, demokratik meşrulukları koruma açısından özen göstermeleri gereken bir husus da, iptal kararlarında yasama organına pozitif direktifler verecek ifadelerden kaçınmalarıdır. Bu tür ifadeler, yasama organının hareket serbestliğini aşırı derecede kısıtlar ve Anayasa mahkemelerini bir çeşit pozitif kanun koyucu konumuna sokar. Benzer bir tehlike, Fransız Anayasa Konseyi ile Alman ve İtalyan Anayasa Mahkemeleri'nin gitgide daha sık uyguladıkları "*Anayasa'ya uygun yorum*" yönteminden doğmaktadır. Bu yöntemde anayasa mahkemeleri, iptal kararı vermek yerine, dava konusu olan kanunun kendilerince anayasaya uygun olan tek yorumunu açıklamaktadırlar. Bu tür kararların, yasama organının hareket serbestliğini, basit iptal kararlarına oranla daha fazla sınırladığı ve yasama organına yöneltilmiş pozitif direktifler niteliği taşıdığı söylenebilir. Anayasa'ya uygun yorum, bir anlamda kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından yeniden yazılması demektir ve diğer mahkemeler bakımından bağlayıcı etkiyi haizdir.¹⁵ Türk Anayasa Mahkemesi'nin türbanla ilgili ikinci kararının (E. 1990/36, K. 1991/8, K. T. 9 Nisan 1991, AMKD, S. 27, C. 1, s. 300-301) da bu nitelikte olduğu görülmektedir.

¹⁵ Landfried, *a.g.e.*, s. 14; keza Christine Landfried, "Constitutional Review and Legislation in the Federal Republic of Germany", in Landfried, ed., *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, s. 154; Stone Sweet, s. 72-73.

Anayasa mahkemelerinin temel haklar ve siyasal haklar konusunda aktivist bir tutum izlemeleri, demokrasinin güçlendirilmesi bakımından olumlu olmakla birlikte, aynı şeyi temel ekonomik tercihleri ilgilendiren hususlarda söylemek mümkün değildir. Nitekim Batı ülkelerindeki anayasa mahkemeleri, genellikle, temel haklar ve siyasal haklar konularında çok daha sıkı ve yüksek standartlar uyguladıkları halde, sosyal ve ekonomik konularda yasama organına daha geniş bir takdir yetkisi tanımaktadırlar.¹⁶

Bu da, eşyanın tabiatına uygundur; çünkü ideolojik bakımdan mümkün olduğunca nötr bir belge olması gereken Anayasa'nın, bütün siyasal partilere aynı sosyal ve ekonomik tercihleri empoze etmiş olması düşünülemez. Aksi halde, çok-partili siyasal hayatın ve partiler-arası yarışmanın anlamı kalmaz.

Hepinize teşekkür ediyorum.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; sayın Özbudun hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Konuşmamın başlangıcındaki nitelendirmelerimin ne kadar haklı olduğunu hep beraber izledik.

Tabii, burada seçimle gelen ve yasamanın içinden çıkan yürütmenin ve de yürütmenin kendi haklarını, yetkilerini kullanırken, hukuk dışına çıktığı zamanlar ya da halkın aleyhine birtakım tasarruflarda bulunduğu durumlarda yargının onu tekrar hukukun içine çekmesi konusundaki bu ilişki, bu denge, bu balans, işte zaman zaman o toplumun eğitim düzeyine, demokrasiye yakınlığına, yöneticilerin kendi dünyalarında demokrasiye inanmalarına, halkın genel durumuna ve oradaki ülkenin koşullarına bağlı bir biçimde çeşitlilik arz ediyor. Bunu değerli hocam çok güzel, açık, net, hepimizin anlayacağı bir biçimde ifade ettiler. Kendilerine tekrar teşekkür ediyorum.

¹⁶ Alexander von Brünneck, "Constitutional Review and Legislation in Western Democracies", in Landfried, ed., *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, s. 243, 253; Hirschl, a.g.e., Bölüm 5.

Değerli konuklar; şimdi size sunduğumuz program sırasına uygun kalarak, bu kez sol tarafımda oturan çok genç ve çok geleceği olan Doç. Dr. Ali Ulusoy, arkadaşşıma söz vereceğim. İzninizle, kısaca bir özgeçmişinden de bahsetmek istiyorum. Ergun Özbudun hocamı bu tür bir tanıtmaya gerek duymadım, çünkü hepiniz kendisini tanıyorsunuz, ama genç öğretim üyesi arkadaşımı tanıtmak istiyorum. Kendisi 1968 yılında Mersin'in Mut İlçesi'nde doğmuştur. Bursa Işıklar Askeri Lisesi'ni ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, Bordeaux Hukuk Fakültesi'nde yüksek lisans ve doktora yapmıştır. Halen Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı ve idare hukuku öğretim üyesidir. Ayrıca, enerji ve telekom sektörünün serbestleştirilmesinde hukuki danışmanlık yapmaktadır. Ben sözü kendisine bırakıyorum; buyurun sayın Ulusoy.

ALİ ULUSOY'UN
TEBLİĞİ

Doç. Dr. Ali ULUSOY (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı): Teşekkürler sayın Başkan.

Efendim, öncelikle sayın Başkan'ın şahsında, bu sempozyumu organize ettiği için Türkiye Barolar Birliği'ne ve tüm Barolar Birliği mensuplarına teşekkür etmek istiyorum.

Ayrıca, bu sempozyumun organizasyonunda çok önemli bir katkı sağlayan fakültemizin çok değerli öğretim elemanı Dr. Ozan Ergül'e de özel olarak teşekkür etmek istiyorum.

Sunuşumun konusu, *"idari yargının demokratik sistem içindeki konumu"* Sunuşumu dört ana başlıkta aktarmaya çalışacağım. Birincisi -asında biraz da genel olarak kamu hukukunu ilgilendiren bir tespit veya belki bir analiz de diyebiliriz.- Türkiye'deki fiili erkler ayrılığı. Ülkemizde ikili bir fiili erkler ayrılığı olduğumu düşünüyorum. Yani bizim bildiğimiz, Montesquieu'nün ilk ortaya çıkardığı üçlü kuvvetler ayrılığı yerine, Türkiye'de fiilen ikili bir kuvvetler ayrılığına doğru gidildiğini ve siyasi erklerle yargı erkinin böyle bir ikili kuvvetler ayrılığı oluşturduğunu düşünüyorum. Bu konuda giriş niteliğinde bir değerlendirmede bulunacağım.

Daha sonra, Türkiye'de yargı ve siyaset ilişkisinde siyasi erk ile yargı erki arasındaki, özellikle son yıllarda görülen temel çatışma alanlarından biraz bahsetmek istiyorum ki, burada iki temel çatışma alanı örneğinden bahsedeceğim: Birincisi, Ergun hoca da kısmen değindi, özelleştirmeler ve ekonomik liberalleşme konusunda bir çatışma alanı oluştuğunu düşünüyorum. İkincisi de, yine kamuoyunda çok tartışılan laiklik konusunda bir çatışma alanının oluştuğunu düşünüyorum ve bu konuda çok kısa değerlendirmelerde bulunacağım. Daha sonra, idari yargı ve siyaset ilişkisinden bahsetmek istiyorum. Öncelikle idari yargının tarihsel oluşumundan biraz bahsetmek istiyorum ki, burada siyaset aslında çok iç içe giriyor.

Daha sonra idari yargının, hükümetin siyasi kararlarını denetlemesi -denetlemeli mi, denetlememeli mi veya ne ölçüde denetlemeli?- tartışmasından biraz bahsetmek istiyorum. Sonra ise yine bununla bağlantılı, idarenin takdir yetkisinin denetimi konusundan çok kısaca bahsetmek istiyorum. Son olarak, demokrasi ve idari yargı başlığında, öncelikle ülkemizde şu anda mevcut olan çok başlı yargı düzeni sistemi ve bunun hak arama özgürlüğü yönünden değerlendirmesinden ve en sonunda da, idari yargının ülkemizde hukuk devletinin gelişimine katkısından bahsederek sunuşumu bitireceğim.

Öncelikle hepimiz biliyoruz ki, modern demokrasilerde, modern devlet sisteminin bir anlamda temel taşlarından biri, Montesquieu'nün de ortaya koyduğu şekliyle, kuvvetler ayrılığı veya erkler ayrılığıdır. Yasama, yürütme ve yargı olarak öngörülen bu üçlü kuvvetler ayrılığının öngörülmesinin en başta gelen amacı, çok basitleştirirsek, devlet yönetiminde üç ayrı ağırlık noktası oluşturarak, dengeyi sağlamaktır. Böylece, kamu kudretinin tek elde toplanması engellenmek istenmiştir.

Neden üçlü bir kuvvetler ayrılığı öngörülmüş de siyasi erkler yargı erki şeklinde ikili bir ayırım öngörülmemiş? Çok basit örnek verecek olursak, biliyorsunuz, havada bir şeyi tutmak istersek ve onu sadece iki ayakla dengelemeye çalışırsak başarısız oluruz (eğer ayaklar sabit değilse). Üçlü bir ayak düşüncesinde dengeyi sağlamak daha kolaydır.

Tabii şunu da söylemek mümkün: Parlamenter sistemde bu üçlü kuvvetler ayrılığında özellikle yasama ve yürütmenin çok da kesin bir şekilde ayrıldığını söylemek mümkün değil, bunu hepimiz biliyoruz; çünkü parlamenter sistemde yasama ve yürütme çoğu kez iç içe geçebiliyor. Hükümet üyeleri yasamanın içinden çıkıyor, hükümet yasamanın güveniyle iş başında kalabiliyor. Aynı zamanda, parti disiplini kavramını da düşündüğümüzde, parlamenter sistemde yasama ve yürütmenin her zaman çok net bir şekilde ayırlamadığını biliyoruz. Başkanlık sisteminde belki daha net ayrılabilir, ama parlamenter sistemde ayırlamıyor. Ama yine de, parlamenter sistemde de çok net ayırım olmasa da yasama ve yürütme arasında temel bir ayırımdan bahsetmek mümkün. Mesela, yasama işlemlerini sonuçta büyük ölçüde yasama organı yerine getiriyor. Yasama organı gerektiğinde hükümeti denetleyebiliyor ve bu denetim mekanizmalarının tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün değil, hepimiz bunu biliyoruz.

Türkiye'deki sistemde ise görünürde bir ayırım var gibi görünse de, gerçekte, yasama ve yürütme arasındaki ayırımın oldukça belirsizleşmeye başladığına tanık oluyoruz. Öyle ki, şu an geline nokta hepimiz biliyoruz ki, yasama neredeyse bütünüyle hükümet tarafından yönetiliyor konumunda. Yasamanın hükümetin siyasi denetimini yapması ancak çok istisnai durumlarda söz konusu olabiliyor. Kanun yapmak ve diğer yasama işlemlerini yerine getirmek neredeyse bütünüyle hükümetin kontrolüne girmiş durumda. Özetle, yasama erkiyle yürütme erki arasındaki ayırımın neredeyse tamamen silinmeye başladığını görüyoruz.

Aslında bunun temel nedeni, ülkemizde uygulanan seçim sistemine dayanıyor. Ülkemizde uygulanan seçim sisteminde "barajlı d'Hont" büyük seçim bölgeleri bulunuyor ve her bir seçim bölgesinde çok sayıda milletvekili seçilebiliyor ve bu milletvekilleri esas olarak parti liderlerinin belirlediği kimselerden oluşuyor. Şunu söylemek belki biraz abartılı olur, ama çok da yanlış olmaz sanıyorum: Aslında halkın temsilcileri olmaları ve halk tarafından seçilmeleri gereken milletvekilleri fiilen sanki parti liderleri tarafından "atanıyor" gibi veya liderlerin

"atadığı" kimselerin plebisit yoluyla halka onaylatılması gibi bir durum söz konusu.

Sonuç olarak ise, halkın temsilcisi olması gereken milletvekili, halk tarafından şahsen veya doğrudan seçilmiş olmuyor, en azından kendini öyle hissedemiyor ve tamamen parti liderinin kişisel güvenine bağlı olarak veya parti liderinin "icazetiyle" seçiliyor. Bu durumda ise doğal olarak, milletvekili seçildikten sonra yasama organında yürütmeyi denetlemesi neredeyse olanaksızlaşıyor veya çok güçleşiyor, çünkü kendisini çok güvende hissedemiyor, zira tekrar aday gösterilmek ve seçilebilmek için parti liderini karşısına almak istemiyor ve böylece de halkın gücünü arkasında çok fazla hissedemiyor. İşte bu olgunun kaçınılmaz sonucu, yasama ve yürütme erkleri arasındaki ayrımın neredeyse ortadan kalkması ve her iki devlet erkinin birbiriyle "bütünleşmesi" ve birleşmesi.

Böylece yasama ve yürütme bütünleşip ve birleşip çok daha güçlü bir "kuvvet" haline geldiği için (siyasi erk), erkler ayrılığında bu iki erkin birleşmesiyle oluşan bu "bütünleşik" siyasi erkin yargı erkiyle bir anda karşı karşıya kaldığını görüyoruz. Bu durumda fiilen "siyasi erk-yargı erki" şeklinde ikili bir erkler ayrılığı oluştuğunu gözlemliyoruz. Bunun sonucunda ise yargı erki bu birleşmiş büyük güçle karşı karşıya kalıyor ve bu olgu ister istemez bu iki erk arasında birtakım çatışmaların oluşmasına yol açıyor.

Ayrıca, yasamanın yürütmeyi artık denetleyememesinden kaynaklanan ve yukarıda işaret edilen bu boşluk da, belki dolaylı olarak da olsa, bir şekilde yargı erki tarafından doldurulmaya çalışılıyor. Bu tespite ilişkin çok çarpıcı birkaç örnek vermek gerekirse, Meclis Anayasa Komisyonu Başkanı'nun, yasama dokunulmazlığının kaldırılmamasının nedeni olarak; hükümetin yargıya pek de güvenmediğini ima ettiğini; Danıştay'ın Milli Eğitim Bakanlığı'nun bir düzenlemesini iptal etmesi üzerine Milli Eğitim Bakanı'nun Danıştay'ı siyasi karar vermekle ve tarafsız olmamakla suçladığını biliyoruz. Aynı şekilde Başbakan'ın çeşitli vesilelerle, bürokrasiden yakındığına tanık oluyoruz ve asıl yakındığı bürokrasi de galiba daha çok

yargı bürokrasisi. Zira idari bürokrasinin üst yönetimi zaten esas olarak hükümet tarafından belirleniyor. Dolayısıyla, böyle bir çatışma fiilen yaşanıyor.

Yargı da bunun karşılığında siyasi erki kendisini baskı altında tutmakla suçluyor. Yargıtay ile ilgili son gelişmeleri hepimiz biliyoruz.

Bu sorunun rasyonel olarak çözümlenebilmesi için, şahsi fikrim, bu seçim sisteminde kökten bir değişiklik yapılması gerekir. Bence yapılması gereken, bu seçim sistemini "*tek isimli (dar bölge) iki turlu çoğunluk sistemi*"yle değiştirmek ki, ancak bu şekilde milletvekilleri doğrudan halk tarafından seçildiğini hissedebilir ve ancak bu şekilde halkın gücünü arkasında bulabilir. Böylece, milletvekilleri mutlak bir şekilde olmasa da, en azından gerektiğinde kendilerinde hükümeti denetleme "*cesaretini*" bulabilir diye düşünüyorum.

"*Yargı-siyaset ilişkisindeki başlıca çatışma alanları*"ndan kısaca bahsederek, burada iki çarpıcı örnek olarak, "*özelleştirmeler*" ve ekonomik liberalleşme" ile "*laiklik*" örneğini vermiştim.

"*Özelleştirmeler ve ekonomik liberalleşme*" konusunda 1980'li yıllardan itibaren neredeyse iktidara gelen tüm siyasi partilerin özelleştirme ve ekonomik serbestleşme taraftarı olduğunu hepimiz biliyoruz. Bunun istisnası neredeyse yok. Bazıları biraz daha fazla ekonomik liberalleşme taraftarı, bazıları ise bu konuda biraz daha ihtiyatlı olabiliyor, ama genelde bütün siyasi partilerin buna taraftar olduğunu biliyoruz -en azından Meclis'te temsil edilenlerin-.

Fakat buna karşı, yargı erkinin, özellikle 1990'lı yılların başında ekonomik liberalleşme ve özelleştirmeye ilişkin kararlarında, siyasi iktidarın yapmış olduğu düzenlemelere bazen biraz kuşkuyla yaklaştığını söylemek mümkün. Ergun hoca da biraz önce kısmen değindi, mesela, Anayasa Mahkemesi'nin 1990'lı yılların başında özelleştirmelerle ilgili kararlarında öngördüğü kamu hizmeti tanımı, aslında modern idare hukukunda kullanılan bir tanım değil, 19. yy.nin sonlarında ve 20. yy.nin başlarında "*Duguit*" tarafından ortaya atılan kamu

hizmeti tanımıdır ve bu tanım artık modern idare hukukunda kullanılan bir tanım değildir. Artık modern idare hukukunda "niteliği gereği kamu hizmeti anlayışı" değil, göreceli bir kamu hizmeti anlayışı savunuluyor.

Bu noktada yargı erkine de haksızlık etmemek gerekiyor. Yargı organlarının özelleştirmelere ve ekonomik liberalleşmeye genel olarak kuşkucu yaklaştığını söylemek belki mümkün, ama yargının özelleştirmelere set çekmek istediğini söylemek de sanıyorum haksızlık olur.

Çok önemli gördüğümüz özelleştirmelerden birkaç örnek verelim. Mesela, Türk Telekom'un özelleştirilmesi, bundan önceki özelleştirme -şimdi yeni bir özelleştirme girişimi var-neden iptal edildi? Yetki sorunundan iptal edildi. Bakanlar Kurulu tarafından kullanılması gereken birtakım yetkilerin Özelleştirme Yüksek Kurulu tarafından kullanıldığı için iptal edildi, yani esasa ilişkin bir şey değil. Elektrik dağıtım özelleştirmeleri neden iptal edildi? İhale süreci iyi organize edilemediği için, her bir dağıtım bölgesinin özelliklerini dikkate alan bir şartname hazırlanmadığı için, yatırım planının olmadığı için. Bunlar aslında daha çok usul sorunları. Yine, son TÜPRAŞ özelleştirmesi, usulden yani ihale sürecindeki birtakım usul eksikliklerinden iptal edilmiştir.

O halde kamuoyunda yargı organlarının özelleştirmelere ve ekonomik serbestleşmeye karşı olduğu gibi bir imaj bulunmakta, ancak bu görüntüyü ihtiyatla karşılamak gerekir. Yargı'nın özelleştirmeler ve ekonomik liberalleşmeye biraz kuşkucu yaklaştığını söylemek mümkün, ama bunlara tamamen engel olduğunu söylemek de çok doğru değil, çünkü siyasi iktidarların da şu ana kadar usul sorunlarından arındırılmış özelleştirmeler ortaya koyduğunu söylemek çoğu kez mümkün görünmüyor.

Ayrıca burada özellikle son yıllardaki içtihadı baktığımızda, Anayasa Mahkemesi'nin ve Danıştay'ın yaklaşımının bu konularda daha da yumuşadığını söylemek mümkün. Mesela, Telekom sektörünün serbestleştirilmesiyle ilgili son kanuna

(4502 sayılı Kanun) ilişkin Anayasa Mahkemesi kararında, yasal olarak düzgün bir çerçeve çizilebilmesi durumunda, kamunun ekonomik faaliyetleri için özelleştirmelerin veya serbestleşmenin yapılabileceği, bunun siyasi iktidarın takdirinde olduğu şeklinde özetlenebilecek bir yaklaşım sergilendiğini görüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımının önceki içtihadına göre çok daha farklı hatta "ılımlı" bir yaklaşım olduğunu söylemek gerekmektedir. Yine, Danıştay'ın ihalelerde olsun, diğer ekonomik konularda olsun, serbest rekabet konusunda çok özel bir hassasiyet gösterdiğini söyleyebiliriz. Dolayısıyla, bu konuda yargı organlarında önemli bir gelişme seyri izlendiğini söylemek mümkün.

Tabii burada 1999 yılındaki Anayasa değişikliğinden de bir cümleyle bahsetmek gerekiyor. Ağustos 1999'daki tahkim ve imtiyaz sözleşmeleriyle ilgili Anayasa değişikliği. O zaman biliyorsunuz, koalisyon söz konusuydu, yani tek parti iktidarı da söz konusu değildi. Buna rağmen, Meclis'in 4/5'i bu konuda Anayasa değişikliğini kabul etti ve söz konusu değişiklik sonuçta ekonomik liberalleşmelere yönelik bir Anayasa değişikliğiydi.

Bu noktada yargının 1999'dan sonra ekonomik liberalleşme konusundaki tavrını biraz daha yumuşatmasının nedeni acaba bu Anayasa değişikliğindeki siyasi iktidarın tavrını ekonomik liberalleşme lehine çok net olarak ortaya koyması mıdır? Bu sorun gerçekten üzerinde ayrıca tartışılması gereken bir noktadır.

İkinci olarak, siyasi iktidarla veya siyasetle yargı arasındaki ikinci bir çatışma noktası, laiklik konusudur. Bu konuda çok polemik yapılıyor biliyorsunuz. Fazla ayrıntıya girmeyi düşünmüyorum, yalnız şunu söylemek mümkün:

Cumhuriyet Devrimi'nin belki de en özgün yönü laiklik konusunda yapılan devrimdir. Egemenliğin ve devlet yönetiminin "yukarıdan" (Gökten) alınıp ve ilahi referanslardan arındırılıp yeryüzüne indirilmesi ve bu anlamda "seküler" bir anlayışa geçilmesi.

Bu konuda şunu da söyleyebiliriz: Siyasilerin, tek parti döneminin bitiminden ve demokrasiye geçiş döneminden itibaren, Cumhuriyet Devrimi'nin öngördüğü laikliğe ilişkin kuralları sürekli olarak "yumuşatma", hatta bazen de "sulandırma" eğiliminde olduklarını genel olarak söylemek mümkün. Buna karşı ise, yargının sürekli olarak çok sert ve çok "kategorik" bir tepki verdiğini biliyoruz. Hatta bu tepki bazen bana göre dozunun da aşabiliyor, tepkinin ölçüyü kaçırdığı taraflar da oluyor. Mesela, kişisel fikrim, şu anda -ilk ve ortaöğretim öğrencileri ile kamu görevlileri hariç- üniversite öğrencilerine başörtüsü yasağı ve bu yasağın hukuka uygun bulunması bence ölçünün biraz aşıldığı bir tepkidir. Ama genel olarak yargı ve siyaset arasında böyle bir çatışma alanının hep olduğunu, siyasetin Cumhuriyet rejiminin laiklik ile ilgili getirdiği kuralları daha bir "yumuşatma", daha bir "sulandırma" eğiliminde olduğunu, yargının ise buna daima çok sert tepki verdiğini söylemek mümkün.

"İdari yargı ile siyaset ilişkisi"ne gelince, idari yargının oluşumu aslında siyasidir. Çünkü genel yargı organları dışında, idari yargı olarak ayrı bir yargı düzeninin oluşmasının temeli aslında Fransız Devrimi'ne dayanıyor ki, Fransız Devrimi'nin hemen sonrasında devrimciler, kendilerini o zamanki genel yargı organlarına -ki onları kralın yargıçları, dolayısıyla "eski rejimin adamları" olarak görüyorlardı- denetlettirmemek için yeni bir sistem oluşturmuşlardır.

Fransız Devrimi'ni gerçekleştirenler bu konuda, "Biz idari kararları kendi içimizde (İdare içinde) bir denetim mekanizması oluşturarak denetleriz. Zaten yürütmenin kararlarını yargının denetlemesi kuvvetler ayırımına aykırı olur, çünkü madem ki yürütme erki ile yargı erki birbirinden bağımsız, o zaman yargının yürütmenin işlemini denetlemesi bu kuvvetler ayırımına aykırı olur" gibi bir mantık kullanmışlardır. Ama tabii, bunun arka planında, kendi işlemlerini eski rejimin "adamları" olarak gördükleri mevcut yargıçlara denetlettirmeme eğilimi var. Bu şekilde idare içinde bir denetim organı olarak, Darüştay (Conseil d'Etat) oluşturuyor. Tarihsel süreçte Conseil d'Etat idari bir denetim organı

olmaktan yargısal bir denetim organı olmaya doğru bir evrim geçiriyor. Günümüzde artık Conseil d'Etat'nun gerçek anlamda bir yargı organı olduğunu söylemek mümkün. Ama her şeye rağmen, Conseil d'Etat'nun böyle yarı idari, yarı yargısal kimliğinin bazı izleri de hala vardır. Mesela, Conseil d'Etat üyeleri, klasik yargıçların statüsüne değil, memurların statüsüne tabidir. Ama bu demek değildir ki, hükümet istediği zaman bir Danıştay üyesini görevden alabilir. Ama tarihte bunun da örnekleri olmuştur. Mesela, De Gaulle, Cezayir olayları esnasında kararlarını beğenmediği iki Danıştay üyesini görevden almıştır. Ancak günümüzde artık böyle bir şeyden bahsetmek mümkün değil.

Bu durum günümüzde şöyle bir sorun ortaya çıkarıyor: "*İdari yargı-adli yargı ayrımı*"nda, idari yargının temel işlevi idareyi denetlemek. Ancak şunu da biliyoruz ki, günümüzde idareyle birey arasındaki ilişkiler çok daha karmaşık bir hal almış durumda ve artık geleneksel olarak idare hukukunda uygulanan idarenin tek yanlı işlem yapması, yani hukuki ilişkilerin idare tarafından tek yanlı işlemlerle yürütülmesi anlayışında önemli bir değişim oluşuyor ve artık idare hukukunda da hukuki ilişkiler tek yanlı olmaktan ziyade, sözleşme ilişkisine doğru kaymaya başlıyor: Mesela bir kamu hizmetinin yürütülmesi için idarenin sözleşme yaptığı bir şirket var, bir de bu şirketin hizmet sunduğu bireyler var, yani idare hukuku kavramlarında üçlü hukuki ilişkiler ortaya çıkmaya başlıyor. Dolayısıyla, idareyle birey arasında çıkan uyuşmazlıklar artık eskiden olduğu gibi, idare endeksli bir mantıkla yürütülüyor, daha birey endeksli bir mantığa doğru kayma söz konusu olabiliyor.

Burada pratikte şöyle bir sorun ortaya çıkıyor: İdari yargının temel işlevi söz konusu olduğunda geleneksel söylem bu işlevin "*idarenin denetlenmesi*" olgusuyla özdeşleşmesi şeklindedir. İdare hukukunda gene geleneksel olarak şöyle deniliyor: Burada bir tarafta, kamu çıkarı var, diğer tarafta bireyin çıkarı var; idari yargının işlevi, bu iki çıkar arasında denge kurmayı sağlamaktır. Ama birey çıkarına göre kamu çıkarı aslında her

zaman üstündür; bunu da bir karine olarak algılamak gerekiyor. Burada kamu yararıyla özel çıkar arasında bir dengeleme mantığı geleneksel olarak söz konusu. Bu dengeleme de idarenin denetlenmesi kavramında saklı.

Ama günümüzde hukuki ilişkiler karmaşıklaşınca ve birey hakları daha ön plana çıkmaya başlayınca şu tür eleştiriler ortaya çıkıyor: *"Yargıcın işi, idareyle bireyin çıkarını dengelemek vesaire değildir, çünkü bu durumda çok belirsizlik ortaya çıkabiliyor, ne zaman idare tarafında karar verileceği, ne zaman birey yanında karar verileceği belli olmuyor ve hukuki istikrarsızlık ve öngöremezlik ortaya çıkıyor. Onun için, yargıcın işi, çıkarları dengelemek falan değildir, yargıcın işi adaleti sağlamaktır, yani hukuki bir uyumsuzluğu çözmektir ve bunu adil olarak çözmektir; kim haklıysa, ona hakkını vermektir. Yoksa, böyle aslında birey haklı olsa da, biz kısmen idarenin çıkarını da dengeliyoruz vesaire değil; kim haklıysa, ona hakkını vermek, yani uyumsuzluk çözmek"*. Buradaki kilit nokta, idarenin denetlenmesi olgusundan, idareyle birey arasındaki hukuki bir uyumsuzluğun adil olarak çözülmesi mantığına doğru bir kaymadır. Bu da tabii, en azından Fransız tipi idare hukuku ve idari yargının şu ana kadar bilinen kavramlarıyla bir çatışmanın da ortaya çıkmasına yol açabiliyor.

Bu bağlamda başka bir tartışma konusu, *"idari yargı acaba hükümetin siyasi kararlarını denetlemeli mi?"* sorunudur. Burada idare hukukunda geleneksel olarak bir anlayış var, o da şu: Hükümetin salt siyasi nitelikteki kararları idari yargı denetimine tabi değildir. İdare hukuku kavramı olarak buna *"hükümet tasarrufları"* da denilir; yani bir hükümet tasarrufu olarak, hükümetin salt siyasi nitelikteki kararları denetlenmez. Bu, geleneksel olarak idare hukukunda çok uygulanıyordu, ama günümüzde pek uygulanmamaya başladı. Hele bizim Danıştay artık neredeyse bu kavramı tamamen ortadan kaldırdı, yani hükümetin *"şeklen"* idari işlem olan her türlü kararı idari yargıda denetlenebiliyor. Buna zaten Anayasa da müsait. Tabii bazı denetlenemeyecek idari kararlar dışında. Fransa'da da bu kavram büyük ölçüde terk edildi, ama bu ülkede hükümet tasarrufu kavramının çok istisnai örnekleri hala bulunabiliyor.

Burada temel sorun, hükümetin hangi kararı siyasi nitelikte, hangi kararı idari nitelikte, bunu nasıl ayıracağız, bunun bir ölçütü var mı? Gerçekten yok, şu ana kadar idare hukukunda bu ölçüt bulunabilmiş değil. Bazen bir karar yarı idari, yarı siyasi nitelik de taşıyabiliyor, çok karmaşık bir durum ortaya çıkabiliyor. Dolayısıyla da pratikte bu ayrımı yapmak zaten çok güç.

"İdarenin takdir yetkisinin yargısal denetimi"nde de çok önemli bir sorun var. Bizde geleneksel olarak bir körler ve sağırklar diyalogundan bahsedebiliriz bu konuda. Siyasi iktidarlar hep şunu savunurlar: "*Kanun idareye karar alma konusunda takdir yetkisi vermişse, bir seçme hakkı vermişse, idari yargı bunu denetlenmemelidir. Eğer denetlerse, yerindelik denetimi yapmış olur ki, bu da Anayasa'nın 125. maddesine göre yasaktır.*" İdari yargı da buna karşı şunu savunur: "*Demokratik bir ülkede, bir hukuk devletinde, kamu kudreti kullanan hiç kimse keyfi karar alamaz, çünkü orada kullanılan yetki kamu adına kullanılan bir yetkidir. Dolayısıyla, 'ben bu yetkiyi istediğim gibi kullanırım, kimse karışamaz' denilemez bir hukuk devletinde. İdare kullandığı bu yetkiyi, bu takdir yetkisini, hizmet gereklerine ve kamu yararına uygun olarak kullandığını kanıtlamak zorundadır*" şeklinde idari yargı tarafından da bir argüman geliştirilmiştir ki, bu bana göre de doğru bir argümandır. Bir hukuk devletinde hiç kimsenin keyfi karar alma özgürlüğü olamaz, hele kamu adına yetki kullanıyorsanız. Ama sanıyorum daha çok pratikte bunun öngörülemez olmasından kaynaklanan bir sorun var, yani bu takdir yetkisinin denetlenmesinde bir "*dozaj problemi*" söz konusu, idarenin takdir yetkisi hangi yoğunlukta denetlenecek, hangi konuyla ilgili, nasıl bir denetim dozu uygulanacak? Bu konuda da öngörülebilirlik olması gerekiyor, yani bireyler, idarenin o konuya ilişkin bir kararının hangi ölçüte göre denetleneceğini, hangi dozajda denetleneceğini önceden bilebilmesi gerekiyor, aksi halde öngörülebilirlik ortadan kalkıyor. Bunu Fransız Danıştay'ı (Conseil d'Etat) büyük ölçüde uyguluyor, yani Conseil d'Etat'ın bugün aşağı yukarı hangi konudaki denetiminin ne ölçekte olduğunu tahmin edebiliyoruz, çünkü içtihat ona göre yerleşmiştir. Fakat bizim Danıştay için bunu şu anda söyleyebil-

mek çok kolay değil, zira çok benzer konularda bazen o yönde bazen bu yönde çok farklı kararlar çıkabiliyor. Bu konuda bizim Danıştay'ın çok istikrarlı bir tavır sergileyebildiğini söylemek çok kolay değil.

Son olarak, "*demokrasi ve idari yargı ilişkisi*"nden birkaç cümleyle bahsetmek istiyorum. Birincisi, burada yine önemli bir sorunumuz var: "*Çok başlı bir yargı düzeni sistemi*". Sistemimizin Kara Avrupa sistemi olduğunu biliyoruz, yani adli yargı-idari yargı ayrımının olduğunu (İdari rejim), tek bir yargı düzeni olmadığını biliyoruz. Fakat Kara Avrupa sisteminde esas olarak biliyorsunuz sadece iki yargı düzeni vardır. Anayasa yargısını da bir yana bırakırsak ki, onun daha özel bir konumu vardır, bir adli yargı vardır, bir de idari yargı vardır. Fakat bizde birbirlerinin kararlarını denetleyemeyen, yüksek mahkeme olarak 8 ayrı yüksek mahkeme var. Anayasa Mahkemesi -ki, onu dediğim gibi, ayrı bir yere koyabiliriz- Danıştay, Yargıtay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Seçim Kurulu -aslında ayrı bir yüksek mahkeme niteliğinde olduğunu söyleyebiliriz, çünkü kararlarına karşı başka bir yere gidilemiyor-, Uyuşmazlık Mahkemesi ve hatta Sayıştay -yargı organı olma niteliği biraz tartışmalı olmakla birlikte, en azından hesap yargılaması açısından baktığımızda, Sayıştay'ı da böyle görebiliyoruz-. Sonuçta ülkemizde sekiz ayrı yüksek mahkeme ve en az beş ayrı yargı düzeni olduğunu görüyoruz.

Bu durum ise pratikte hak arama özgürlüğünü gerçekten zedeler sonuçlar doğurabiliyor, çünkü özellikle idari yargı açısından, ekonomik nitelik taşıyan faaliyet icra eden idari organların kararları biliyorsunuz, kısmen idari yargıda, kısmen adli yargıda denetleniyor. Fakat günümüzde bu o kadar karmaşık bir hal almış durumda ki, ekonomik faaliyet gösteren idari organların hangi kararının idari yargıda, hangi kararın adli yargıda çözümleneceğini kestirmek neredeyse mümkün değil; hukukçular, hatta idare hukukçuları bile bunu tam olarak kestiremiyorlar. Bu da, hak arama özgürlüğünü bence çok büyük ölçüde zedeler hale getirmiş durumda; çünkü sıradan vatandaşın bazen davasını hangi mahkemede (yargı kolunda) aç-

çağırını bile bilmesi mümkün olmayabiliyor veya eğer davasını yanlış yargı kolunda açmışsa, mesela süre yönünden birtakım hak kayıpları olabiliyor. Bir kimse yanlış yargı kolunda dava açmışsa, o mahkeme görevsizlik kararı verecek, o kesinleşecek temyiz aşamasında, daha sonra diğer yargı düzeninde davasını açacak, o görevsizlik kararı verecek, kesinleşecek; bunun ortalama iki yıl sürmesi mümkün. Bir kimse dava açacak, iki yıl sonunda sadece hangi mahkemede davasının görüleceğini anlayabilecek, daha davası görülmeye başlanmadan sadece mahkemesini bulması iki yıl sürebilir. Durum gerçekten hak arama özgürlüğünü zedeler hale gelmiş durumda. Bunun bence, mutlaka basitleştirilmesi gerekiyor. Yargı düzenlerinin sadeleştirilmesi, mesela askeri yargı düzenlerinin kaldırılması, ilk derece mahkemeleri haline getirilip, normal yargı düzenindeki yüksek mahkemede denetlenmesi ve ayrıca yargı düzenleri (kolları) arasındaki görev paylaşımının da sadeleştirilmesi ve netleştirilmesi kesinlikle gerekli diye düşünüyorum.

Son olarak, İdari Yargı'nın hukuk devletinin ve demokrasinin gelişimine pratik katkıları neler olmuştur? Öncelikle idareyi hukuka uygun davranmaya zorlayan en pratik yol aslında İdarenin yaptığı bir işlemin işte yargı önüne götürülebilmesi ve yargının bunu iptal edebilmesidir. Bu durum sürekli ve düzenli olarak idarenin hukuka uygun davranmaya zorlanması sonucunu doğurduğundan, idari yargı bu anlamda hukuk devletine ve dolayısıyla demokrasinin gelişmesine çok büyük bir katkı sağlamaktadır.

Yine, bizim idari yargının özellikle Anayasa'daki yargı yoluna gidilemeyecek birtakım idari kararlarda -mesela Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler ve Yüksek Askeri Şura kararları- bu kararların yargısal denetime açılması konusunda çok genişletici yorumlar yapabildiğini görebiliyoruz. Bu da bence hukuk devletinin ve dolayısıyla demokrasinin gelişmesine takdire şayan bir katkı sağlamaktadır. Mesela Danıştay, rektör atama işleminin, Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlem olmasına rağmen, başka organların katkıları sonucu yapılan bir işlem olduğu için, yargı denetimine açık olduğuna

karar vermiştir. Yine, mesela Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Askeri Şura kararlarının bir kısmını, mesela yok hükmünde olan Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine açılmasına karar vermiştir. Dolayısıyla, bu konuda da idari yargının birtakım genişletici yorumları olduğunu ve hukuk devletine katkı sağladığını söyleyebiliriz.

Bence çok önemli bir diğer örnek, Danıştay'ın yerel demokrasinin gelişmesi yönünde de çok özel bir hassasiyet göstermesidir. Özellikle yerel yönetimlerin merkezi idareye karşı korunmasında Danıştay'ın çok özel bir hassasiyet gösterdiğini ve bu anlamda yerel demokrasinin gelişmesine de çok önemli bir katkı sağladığını düşünüyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; sayın Ergun Özbudun hocamız demokratik yola demokratik yolla Meclis'e gelmiş ve yasama organından tasarrufta bulunan ve ona bağlı olarak eylem ve davranışlarını sergileyen yönetimin, anayasa hukuku yönünden denetlenmesi, onun hukuka, hukuk içerisine çekilmesi konusunda çok ayrıntılı, detaylı bilgi verdi. Değerli genç ve geleceği olan bilim adamı, değerli doçent arkadaşımız Ali Ulusoy da, bu idarenin, yönetimin, yani hükümetin siyasetten ülke yönetimine ağırlığını koymuş olan bu erkin, özellikle idari tasarrufları, idari eylem ve davranışlarının yine hukuk çerçevesinde dengelenmesi, belirli bir hukuk zeminine çekilmesi konusunda idari yargının ki, ülkemiz özelinde Danıştay'ın fonksiyonları ve görevleri konusunda son derece açıklayıcı bilgiler verdi.

Benim aklıma şöyle bir şey geliyor: Yaşadığımız ve birebir gördüğümüz, toplumun içerisinde her gün teneffüs ettiğimiz ve bizim, hepimizin kafa koyduğu, gönül verdiği, yüreğimizde yaşattığımız demokrasinin temsilcileri, acaba ülkemizde Danıştay olmasa, Danıştay yargısı olmasa, acaba ülkemizde Anayasa yargısı olmasa, nasıl bir davranış sergilerler? Zaman zaman ellerini, kollarını bağladıklarını iddia ettikleri bu idari yargı, anayasa yargısının mevcudiyetine rağmen zaman zaman

yasadışı birtakım uygulamaları yapma cesaretini gösteren, içimizden çıkan bu insanlar, acaba bu yargılamalar olmasa ya da bu düzenlemeler olmasa, nasıl bir yönetim biçimi gerçekleştirirler? Doğrusu, onu düşünmek istemiyorum.

Tabii, burada bütün amaç, artık Amerika'yı yeniden keşfetmeye gerek yok, her şey ortada. Sorumluluk bilincinde, toplumun, insanın, halkın huzurunu güvenliğini, geleceğini düşünen, bireysel hiçbir kişilik problemi olmayan yöneticilerin yargıyla çatışmasına olanak yoktur, işler tıkr tıkr işler. Ama ne zaman? Dünyanın her yerinde ve ülkemizde, özellikle bu yeni gelişen demokrasilerde, kuşkusuz yönetimler yargıyı da, bütün emniyet güçlerini de, bütün olanakları da, kendi yararına, kendi siyasal ikbali için kullanmadığı zaman.

Değerli konuklar; sayın Ulusoy'un laiklikle ilgili bölümüne, gerçekten biz bütün etkinliklerimizi kitap haline getiriyoruz ve de bastırıp ilgililerin bilgisine sunuyoruz. O nedenle, bugün burada bu tartışmayı dahi gerçekleştirdiğimiz kavram ve kurum olan laiklik konusunda ben de kendi kişisel görüşümü, sırf bu notlara düşünün diye sizlerle paylaşmak istiyorum.

Efendim, tarihsel süreç içerisinde devlet ve demokrasinin kurulması, önce dinsel kamusalardan, sonra dinsel kamusalardan, sonra kamusalı özelden ayırarak gerçekleşmiştir. Laiklik, Roma Hıristiyan kültürü bağlamında, dünyevi olanların ruhani olandan ayrılmasını gerçekleştirmek için başlayan ve yavaş yavaş oluşan bir değerler sistemidir. Bu anlamda, ilahi yasa-beşeri yasa ayrımının kökleri, hepimizin bildiği gibi, 13. yy.ye uzanmakta ise de, laiklik, laik devlet felsefesi ve onun ifadesini 18. yy.de aydınlanma felsefesi siyasal düşüncesiyle özdeşleşen aklın ilerlemesinde görüyoruz. Laik toplum düzeni, bütün din ve inançtan insanların eşit koşullarla aynı kurallara uymak durumunda buldukları, hiç kimseye dinsel ayrıcalık ve üstünlük tanımayan bir toplum düzenidir.

Ahlak olarak laik etik, devlet otoritesi dışında, asla diğer herhangi tür güç ve yurttaşlara bağlılığı reddeder. Yükümlülük ve bağlılık sadece, doğrudan insan tarafından konulmuş

yasalara ve yasalardan kaynaklanır. Laiklik bir anlamda, sürekli demokratikleşme yöntemi olarak da kabul edilebilir ve tanımlanabilir.

Şimdi bütün bu tanımlamaların dışında, şu yargıya kişisel olarak vardığım inancımıdayım: Laiklik, dogmalardan kurtularak, özgür düşünmeye ulaşmanın olmazsa olmaz koşuludur. Tabii, bilimsel olarak birtakım sözleri kürsülerde söyleyebiliriz, ama toplumun içerisinde hala dini ve manevi değerlerin birtakım dayatmalarla, özgür iradeyle, özgür seçimle yapılmadığını, örneğin; bacılarımızın, analarımızın çoğu kez başörtüsü kendi özgür iradesiyle değil; ama eşinin, kardeşinin, ağabeyinin zorlamasıyla taktığı bir toplumda, başörtüsü konusunda tartışmaları hemen elinizin tersiyle itemezsiniz. O nedenle, ülkenin, bizim ülkemizin çok özeli olan laiklik konusunda hepimizin son derece duyarlı olması, hiçbir sömürünün ülkemizde yaşanmaması gibi, manevi ve moral değerlerin de sömürü konusu yapılmaması konusunda, biz aydınlar olarak son derece önemli görevlerimiz ve işlevlerimizin olduğuna inanıyorum ve herkesin dini inancına, moral değerlerine son derece saygılı olduğumu, onların yaşaması için yaşamımı dahi her zaman ortaya koyabileceğimi ifade etmek istiyorum ve son konuşmacıya sözü vermek istiyorum.

Değerli konuklar; bu bölümün son konuşmacısı, çok yakından tanıma mutluluğuna erdiğim ve gerçekten çok saygı duyduğum ve hepinizin de çok yakın gelecekte çok daha ayrıntılı tanıyacağınız, Türk ceza hukuku dalında çok önemli bir isim olan, Fatih Selami Mahmutoğlu arkadaşımı, sayın hocamı sizlerle sunmak istiyorum. Yalnız, ondan önce, kısaca özgeçmişinden bahsetmek istiyorum: 1960 Sivas doğumludur. 1983'te İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra, "Cevap ve Düzeltme Hakkı 1985" üzerine yüksek lisans, "Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarılması" konusunda doktora çalışmalarını 1994'te bitirmiş ve özellikle "Bankacılık Suçları" konulu çalışmasıyla 2000 yılında doçent olmuştur. Halen İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usulü Hukuku Ana Bilim Dalı'nda öğretim üyesi olarak bulunmaktadır. Sözü

değerli hocama, arkadaşşıma, kardeşime veriyorum; buyurun sevgili hocam.

FATİH SELAMİ
MAHMUTOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

Doç. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Değerli konuklar; konuşmama başlamadan önce, ben de hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Her toplantının en talihsiz konuşmacısı sona kalan oluyor. Çeviriyi nasıl yaparlar bilmiyorum, ama "sona kalan dona kalır" gibi oldu.

Aslında Ceza Kanunu'yla ilgili son dönemde yapılan tartışmalara o kadar kendimi kaptırdım ki, birçok baro başkanı arkadaşşı da burada görünce, vilayet vilayet de -deyim yerindeyse- geziyoruz, yeni Ceza Kanunu'nu hem anlatıyoruz, hem eleştiriyoruz, beğendiğimiz, beğenmediğimiz yönlerini söylüyoruz. Teoman bey böyle bir konuyu başlık olarak seçip, gönderdiğinde, itiraf etmeliyim ki, yani konunun neresinden başlayayım, nasıl bir sistem kurmalıyım; bunu bu yoğunluk içerisinde çok da toparlayamadım. Ama diğer konuşmacıların yapmış olduğu konuşmaları dinledikten sonra, biraz sonra size nakledeceğim metodumun daha isabetli olabileceğini düşündüm. Hem son konuşmacı olmanın etkisiyle, hem de bilinenlerin biraz belki tekrarı olacak ama, kişisel yapıma çok da uygun olmamakla birlikte, biraz radikal, rahatsız edici, içeriği sert bir konuşma yapmayı tercih ettim. İnşallah, bu dediğimi sonuçta tektzip ederim.

Hepimiz kitaplar okuruz, okuduğumuz kitapların bir bölümü gençlik yıllarındadır, bir bölümü biraz daha orta yaştadır. Geçenlerde değerli bir hukukçunun bir çevirisi elime geçti, onu okurken, önemli bir hukuk adamının, İtalyan düşünürün 1700'lü yıllarda yaptığı açıklamaları okuyunca, "Barolar Birliği tarafından verilen konuya, bu kişinin görüşleriyle gireyim" dedim. Belki, biraz daha enteresan olabilir diye düşündüm. Metin üzerinde çok okumayı sevmem, ama ifadeler çok basit anlatımla, çok anlaşılır, içeriği çok dolu olduğu için, izninizle bazı bölümlerini okuyarak tebliğimi devam ettireceğim. Daha sonra yazarı, adını da söyleyeceğiz tabii.

"Yeryüzünde tek kişi yoktur ki, salt herkesin, kamunun iyiliği uğruna, kendi özgürlüğünün bir kesiminden karşılıksız olarak vazgeçsin. Bu düş sadece romanlarda vardır. Her birimizin istediği şey, başkalarını bağlayan sözleşmelerin bizi bağlamamasıdır. İnsan istiyor ki, yeryüzünde düzenlemelerin, uzlaşmaların odağı kendisi olsun, ondan hep kazançlı çıksın. Ancak aslında işin doğrusu şudur: Her insan kamusal, ortak emanete, özgürlüğünün sadece olabildiğince küçük bir parçasını vermek istemiştir." -Bu cümle beni çok etkiledi, daha sonra da diğer bir cümleyle tamamlayacağım bunu- "Onu başkalarına karşı savunmaya zorlayan, yalnızca bu parçadır. İşte bireylerin topluluk yararına vazgeçtikleri bu küçük parçaların toplamı, ceza verme hakkının temelini oluşturmaktadır. Bunun ötesine geçen, bu temelden uzaklaşan, sapan her iktidar etkinliği iktidarı kötüye kullanmadır. Adaletle bağdaşmaz, böyle bir iktidar eylemli bir iktidardır, ama asla hukuksal meşru değildir. Aynı toplumu temsil eden hükümdar, toplumun bütün üyelerini uymaya zorlayan genel yasaları koyar. Yalnızca, ancak toplumsal sözleşmeyi çiğneyen birini yargılamak, artık hükümdarın işi olamaz." -İşte konumuz bağlamına burada geliyoruz- "Zira, suç işlendiği zaman, toplum daima ikiye bölünür. Bir taraf, sözleşmenin çiğnendiğini ileri süren ve hükümdarı temsil eden taraftır; öbür taraf ise, bu çiğnenme olayını reddeden suçlu taraftır. Öyleyse, olayın gerçek olup olmadığını belirleyecek, bu konuda çıkan uyuşmazlığı çözüp, yargılayacak üçüncü bir kişinin olması gerekir." 1730'da İtalya'da doğan Beccaria, bu görüşleri İtalya'da ortaya koyduğunda yeni bir çığır açmıştır. Şunu söylemiştir: "İnsanlar esenlik, güvenlik ve dirlik uğruna, düzenlik uğruna hiç değilse, özgürlüğünün geri kalanından yararlanmak amacıyla onun bir parçasını gözden çıkarmışlardır." İşte bir ulusun egemenliği, herkesin iyiliği için gözden çıkarılan özgürlüğün bütün parçalarının toplamıdır. Bu yazarı yeni keşfetmiyoruz, ama yirmili yaşlarda okumakla kırklı yaşlarda okumak arasındaki fark çok önemlidir. Doğrusu çok etkilendim.

Biraz önce değerli meslektaşlarımın da ifade ettiği gibi, yasama, yargı ve yürütme ilişkisi çok önemlidir. Ben ceza hukukçusu olarak, bu konuda yargının bir bürokratik hegemonya olup olmadığına ilişkin nasıl tespitler yapayım ki, sizleri ikna edeyim, nasıl fatmin edeyim, bunu düşündüm. Bir kere, bazı

bilinenlerimiz var. Bu bilinenleri başlık halinde söyleyeceğim. Kesinlikle, bu bölümde size mevzuat aktarmak, sizi sıkmak istemiyorum. Ama şu olmazsa olmaz koşulları hatırlamamızda yarar vardır: Birincisi, mahkemelerin bağımsız olmasını isteriz. Mahkemelerin bağımsızlığından kastettiğim şey, sadece mahkemelerin değil, yargıçların da bağımsızlığıdır. Bu konuda beni kişisel olarak çok üzen şey, ülkemizdeki hukuk eğitimi ve hukuk eğitimi sonrasındaki yargıçlığın izlediği yoldur. Bununla ilgili daha sonra söyleyeceklerim var, ama konuyu dağıtmadan devam etmek istiyorum. Demek ki, mahkemelerin ve yargıçların bağımsız olması gerekiyor. Mahkemelerin bağımsız olması ile sadece yasama ve yürütme organına karşı bir bağımsızlığı kastetmiyoruz. Burada yargının diğer yargı organlarına karşı bağımsızlığından da bahsediyoruz. Bu güvenceleri sağlayan ülkemiz mevzuatında da, birçok hüküm vardır. Kuşkusuz, hükümler sorunları çözmeye yetmemektedir. Bir ülke düşünün ki, trafik kazalarında günde on beş, yirmi vatandaşını kaybediyor, Trafik Kanunu'nda bir sorun mu var, yani bizde trafik kurallarını daha farklı bir şekilde mi kaleme almışlardır, "içkili araba kullanın" mı denilmektedir? Acaba bunlar neden oluyor? Bunların olması aslında kağıt üzerinde bir şeylerin olmasıyla sorunlarımızın çözülemeyeceği anlamına gelmektedir. Yargının bağımsızlığı konusunda belki dördüncü bir başlık, yargıcın kendine karşı bağımsızlığıdır. Belki de, en çok önem vermemiz gereken şeylerden biri de budur.

Bu bağlamda, hukuka aykırı delillerin elde edilmesiyle ilgili bir sinema filminden bahsedelim. Bir kız çocuğuna tecavüz edilir ve öldürülür. Şüpheliler yakalanır, şüphelilerin avukatı olaya ilişkin delilin hukuka aykırı bir biçimde elde edildiğini söyler. Olayı kanıtlayıcı çok temel bir delildir. Yargıç polisin görev ve yetkisini aştığı kanısıyla o en temel delili yok sayar. Bunun üzerine kişiler serbest bırakılır. Devamında başka bir delil olmadığı için de beraat ederler. Öldürülen kızın babası yargılamanın bitiminden sonra yargıcı yolda çevirir, "Sizin gibiler bu tür kararlar verdikçe, çocuklarımız sokaklarda gezemeyecektir. Umarım, sizin de çocuğunuzun başına bu olay gelir" der. Burada yargıcın verdiği cevap çok ilginçtir, "Vatandaş olarak o

şahısları ellerimle boğardım, ama yargıç olarak böyle karar vermek durumundayım". Bu yaklaşım çok önemlidir. Hukuk adamları konjonktürel kararlar veremez, kişisel görüşleriyle karar veremezler. Bu bağımsızlık aslında en temel bağımsızlıktır, bunu hiçbir zaman göz ardı etmemeliyiz. İşte bağımsızlığı sağlarken, yasama organına, yürütme organına, yargı organına karşı da, bulunmalıdır ve bunlar kuşkusuz önemlidir, ama dördüncü söylediğim, eğer bu kimlikte, bu şahsiyette biz yargıç profili ortaya koyamazsak, meselelerimizi çözemeyiz. İşte o zaman bu yargılamalar vatandaşımız açısından gerçekten bürokratik bir hegemonyaya dönüşür, konjonktürel kararlar çıkar. Abartılı haksız yargı kararlarıyla karşılaşırınız. Bu konuyu çok önemsiyorum.

Bu bağımsızlık aslında nedir? Bu bağımsızlık, ülkemizde son dönemde çok sıkça vurgulanan adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Adil yargılanma, artık terminolojimize girdi, bazı farklı ifadeler kullanılmakta, dürtüst yargılama, yetkin yargılama gibi, ama herhalde adil yargılanma kavramının ülkemizde de benimsendiğini bir ölçüde söyleyebiliriz.

Adil yargılanmanın kendi içinde neleri kapsadığını birazdan başlıklar altında söyleyeceğim, ama konuyu günümüz ceza hukukunun geldiği yer açısından da değerlendirmek istiyorum. Günümüz modern ceza hukuku üç temel politika üzerine kurulur. Bunlardan ilki kusur ilkesidir. Bu ceza hukukunda olmazsa olmaz bir ilkedir. Özel hukuktaki hakkaniyet, kusursuz sorumluluk, objektif sorumluluk gibi kavramlara ceza hukukunda yer yoktur. Hemen bir parantez açalım, acaba ülkemizde bu hususa riayet edilmiş midir? Haksızlık etmeyeyim, ama bu kurala uyulmadığı haller de, küçümsenmeyecek derecede azdır ve yeni Ceza Kanunu'yla ilgili de soru yöneltirseniz, buna ilişkin düzenlemeyi de söylerim, benimsemediğimiz, eleştirdiğimiz düzenlemeler bir ölçüde giderilmiştir.

Bir ölçüde diyorum, çünkü ülkemizde çok ciddi bir yasa enflasyonu ile karşı karşıyayız, takip etmekte güçlük çekiyoruz. Bakın, yeni Ceza Kanunu objektif sorumluluğun hiçbir biçimde olamayacağını açıkça hükme bağlamıştır, ama Ceza

Kanunu'nu beklemeden bazı kanunlar çıkartıyorsunuz. Birini söyleyeyim: Aktüel bir konudur, belki dikkatlerden kaçmıştır Basın Kanunu. Çok ilginçtir, uzmanlarına ne kadar danışıldı bilmiyorum, ne kadar tartışıldı onu da bilmiyorum, ilginç olanı basın mensuplarımızın da memnun olması, onun da nedenini bilmiyorum, ama açın bakın, eser sahibinin cezalandırılmadığı hallerde -ki, ceza sorumluluğu esas itibariyle eser sahibinin-kimlerin cezalandırılabilceğini düzenlemiştir. Bu bir objektif sorumluluktur. Bankalar Kanunu, meşhur 5020, benim böyle toplantılarda biraz da şahlandığım, çok rahat konuştuğum, bildiğim bir konu. 5020'yle ilgili açın, Bankalar Kanunu'nun 22/4. fıkrasında yeni zimmet suçu tarifine bakın, bunun sonuçlarına bakın, objektif sorumluluk olduğunu göreceksiniz. Şimdi irademizi samimi ortaya koymalıyız ve eğer temel yasalar yapıyorsa, bu temel yasalara da uymak mecburiyetindeyiz. Kusur ilkesindeki durum bu olmakla birlikte, diyoruz ki burada sevgili hocam inşallah Tanrı sağlık verir iyileşir, eksikliği de hissediliyor, Çetin Özek hoca, kendi anlatımlarıyla, ondan da aldım, ceza hukukunda yasallık kuralından bahsetmektedir. Bakın, yasallık kuralının Türkiye'de nasıl ihlal edildiğine ilişkin size iki tane madde söyleyeyim, anlarsanız, elinizi sıkacağım. Bankalar Kanunu'nun 15/A maddesini alın, bir okuyun, cümle zaten bir buçuk sayfada bitiyor, ilgili bir maddeye atıf yapıyor ve açıklık ve belirlilik kuralı konusunda o temel prensibi bütünüyle ihlal ediyorsunuz. Yıllardan beri şunu söylemedik mi? Temel hak ve özgürlükler konusunda idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ihdas edilemez. Bunun en önemli kanıtı nedir? Mesela, kanun hükmünde kararnameler bile tartışma konusu yapılabilmıştır. Evet idareye bir yetki tanınmıştır, ama temel hak ve özgürlükler konusunda kanun hükmünde kararname düzenlenebilir mi? Peki, Türkiye bu işte sınıfta kalmış mıdır, kalmamış mıdır? Kalmıştır. Bakın, hep söylüyorum, biz kan ve idrar tahlilimizi doğru okumuyoruz. Siz gidin, sermaye piyasası mevzuatını alın, bir kere takip edemezsiniz, ciltler halindedir, tebliğlerle suç yaratırsınız.

Bunları söylememin çok özel nedenleri var: Eğer siz ceza hukukunda bu temel prensipleri yok sayarsanız, bu konuları

göz ardı ederseniz, sorunlarımız artacaktır. İşte o zaman, vatandaş "yandım" diyecektir, vatandaş "inşallah, mahkeme kapılarına düşmem" diyecektir. Bakın, geçen gün bir gazete haberidir, ama bazen benim de içimden geliyor. Vatandaş diyor ki ceza yargıcına "cezamı ver, gidip gelmeyeyim artık" Aslında ne trajikomik bir şeydir bu. "Cezamı ver" diyor, adam içeri gidecek, yani "artık bu gündemden bıktım" diyor.

Efendim, hukuk devleti ilkesi, işte bunun maddi yönü, içirik yönü, biçimsel yönü, buraların üzerinde durmayacağım. Diyoruz ki, hümanizm ilkesi, kişiyi topluma kazandırmaktır. Aslında ceza hukuku geniş anlamda sadece maddi ceza hukukuyla ilgili bir alan değildir. Ceza yargılaması hukukunu ve infaz hukukunu da içerir. Bazı toplantılarda da böyle heyecanlanıyorum, söylüyorum, ama kimse kusura bakmasın. Cezaevlerimizde bir insanın sosyalleştirilebilmesi mümkün mü? Aksi bir şey söyleyeyim size: Suç eğilimleri az olan insanların bu eğilimini daha da artırıcı bir etki gösterebilir. Bu sorunları doğru koyarsak, daha isabetli işler yapmış oluruz. Bir sabah uyanıyorsunuz, devletin en üst yetkilisi, belki kişisel olarak suçlamıyorum, o gün belki ben de o konumda olsam bunu yapmak mecburiyetinde kalabilirdim, ama sonuç beni üzüyor. Diyor ki "yirmi cezaevine girdik" Devlet cezaevine girmez, devlet zaten cezaevinde olur. Düşünebiliyor musunuz, örgütlerin tören yaptığı cezaevleri ve daha da ötesini söyleyeyim, adeta örgütlerin masrafsız, çok rahatlıkla bir araya geldikleri, kadınların, erkeklerin bir araya gelebildikleri mekanlar olarak karşımıza çıkıyor. -Bu, siyasi örgütlerin ya da diğer çete ve örgütlerin.- Şimdi bu olabilir mi? Bakın, bütün bunları biz birlikte düşünmeliyiz. Eğer Türkiye yeniden bir yol haritası çizecekse, bu yol haritasında daha samimi olmalıyız.

Bizim buradan şunu yapmamız çok kolaydır, bir lükse sahibiz, ben anlıyorum onu. Mesela, Antalya'da oldu, hoş bir anekdottu. Prof. Bahri Öztürk, Adem Sözüer ve ben konuşmacıydım. Bir yargıç arkadaşımız, şartlı salıverilmeyle ilgili bir soru sordu. Toplantıya eşim de gelmişti, ön sırada oturuyordu, yani işin hoş tarafı orada ortaya çıktı. Soruya ben bir

cevap verdim, yargıç arkadaşımız memnun kalmadı. Bahri bey farklı bir cevap verdi, ondan da memnun kalmadı. Adem bey *"benim çekincem var"* dedi. Konuklardan biri de, - eşimin duyup naklettiği- demiş ki, *"Bu hocalar hem yazıyorlar, çiziyorlar, hem de hiçbir şeyden anlamıyorlar. Bu konularla karşılaştıklarında da bu işlerin öyle kolay olmadığını anlıyorlar"*. Evet, yargıç, vatandaşın arında meselesini çözmek durumunda, benim lüksüm var, benim buradan konuşma lüksüm de var, ben bunu anlıyorum, yani toplumumuzun bütün sorunlarını a'ya, b'ye yüklemek gibi bir yaklaşımda da değilim, sadece ortak sorunlarımızı kavransak, ben üniversiteleri eleştireyim, siz savcuları ve hakimleri eleştirin, siz Anayasa Mahkemesi'ni eleştirin, siz avukatları eleştirin ki bu işler olsun. Yani Türkiye bu işlerde *"alınanlık"* politikasını mutlaka terk etmek durumundadır.

Adil yargılanma, hakkına ilişkin bazı unsurlardan bahsedelim. Yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma. İşte biliyorsunuz, onlarca defa söylendi, en önemli davalarımızda ... Bakın, en önemli davalarımızda diyoruz, çok önemsiyoruz, Türkiye'nin güvenliğiyle, geleceğiyle ilgili meselelerdir bunlar. En son Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dedi ki, *"şu askeri yargıç meselesini halledin"* Biz bunları halledemeyecek insanlar mıyız? Çok rahatlıkla hallederiz.

İkincisi, yani size komik gelecek, makul sürede yargılanma. Ben Türkiye'nin bu konularda artık tazminata mahkum edilmesine dayanamıyorum, açıkça böyle söylüyorum. Bakın, tutuklama konusunda ve yargılama süresinin uzunluğuyla ilgili de bizi tazminata mahkum ediyorlar. Geçen gün bir gazeteci arkadaş, -konunun önemi yok,- şöyle bir soru yöneltti: *"Hocam, ... davası, yirmi üç senedir devam ediyor, ne diyorsunuz?"*, *"Ne diyeyim, ne bekliyorsunuz? Yirmi üç sene olmuş, zaman nasıldan çabuk geçiyor."* Beyefendilerin alanıyla ilgili bir şey söyleyeyim size: Kamulaştırma şerhini devlet koyuyor, önüme geldi bu konu, ben de bu vesileyle baktım. Kamulaştırma şerhini koyduğu tarih 1976, dosyanın bana geldiği tarih 1999. *"Bir maddi hata var herhalde. Bu 1976 değil, 1996'dır"* dedim, *"hayır, hayır"* dediler. İşte komşu kürsü, idare kürsüsü, orada arkadaşlar,

onlara dedik ki, *"bu nasıl olur?"* 1984 yılında bir kamulaştırma kanunu çıkmış, tamamlanmayan işlemler bakımından şerhi koyduğunuz zaman, iki yıl içinde kendiliğinden düşer diyor. Bakın, devletle vatandaş arasındaki ilişkiye bakın. O kadar sevindim ki, elimde kanun, Karayolları Bölge Müdürlüğü'ne gittim, dedim ki *"Sayın Başkan, böyle şey mi olur?"* Şöyle dedi, *"Hocam, çok haklısınız, kanun da böyle çıkmış", "Kaldırın bunu. Sizin mülkiyetinize yirtni üç sene işlemi tamamlanmadan bir şey yapıldığı zaman üzülmez misiniz?"* Cevap şu oldu: *"Hocam, risk altına gireriz, onu mahkeme yoluyla halledelim, şimdi yapamayız"* Görevini kötüye kullanmayı böyle izah ediyor. Tapuya gidiyorsun, tapu aynı şeyi söylüyor. İşte bu, bizim bireyle devlet arasındaki ilişkimizdir. Bu yapılanma vatandaşına böyle bakıyor, tapuda da böyle bakıyor. Kimse kusura bakmasın, ben gidince tapumu rahat alamıyorum. Şimdi hemen alınganlık gösterip de, Urfa, Van tapusu *"biz çok iyi yapıyoruz"* demesin, yapıyorsa da yapıyor. Ben kendimi iyi hissetmiyorum. Bilmem ne bankasından, kamu bankasından paramı çekerken, memurun bana bakışından rahatsız oluyorum. Bu sakat bir birey-devlet ilişkisidir, doğru bir ilişki değildir. Vatandaşı birey olarak görmemektedir. O bir süje değildir, aynı avukatlardaki gibi. Şimdi avukatlar da süje olmak istiyorlar. Biraz ajite ediyorum, kusura bakmayın.

Zamanımı da kaybediyorum, ama önemli değil. Son söz bende olduğu için, biraz aşımalar olacak. Savcı arkadaşlarımız, onların sorunlarını biliyoruz, onlarca sorunları var. Bütün toplantılarda söylüyorum, ilk önce diyorum ki, *"biz hocalar iyi kitap yazamıyoruz, zayıfız"* Öyle diyeyim ki, hemen kızma, senin de iddianamen zayıf arkadaş. Hakimin kararı nasıl zayıfsa, senin de iddianamen zayıf. Zaten onun için de yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'na iddianamenin reddi diye bir müessese getirdiler. Sorunlarını biliyoruz, onlarca iş yükü vesaire. Bizim sorunumuz, savcılarımızın oradan inip inmemesiyle mi ilgili? Aşağıda ya da, yukarıda olsun ne olur? Önemli olan verilen kamusal hizmetin kalitesidir. Ama bir prensipten hareket etmek gerekir. Bakın, bir yakınım bana dese ki, *"bizim çocuk sizde öğrenci"* Bunu üç defa dese, ben o kağıdı düzgün okuyamam.

Gerçekçi olalım, hatta böyle bir lehe davranma eğilimi olur. Şimdi hakimle savcuyu bu kadar yakın hale getirirseniz, oradaki avukat meslektaşımız ne yapacak, oradan üzgün, süzgülün bakıyor. Saruğı koymuşsun oraya, avukatından yardım almak için eli ayağı titriyor, göz göze gelmeye çalışıyor. Bırak otursun avukatıyla, sizlerde mağdur tarafla birlikte aşığıda oturun. En önemli davanızda gittiniz, yargılama yaptınız, piknik yapıyor hakimle savcı, *"efendim, birlikte oturduk, meyve topladık"*, aferin. En önemli davamızda, bakın bunun altını çiziyorum; bunlar çok önemli sorunlardır, bazı şeyleri bilinçli olarak böyle ifade ediyorum ... Türkiye adli polis istiyor mu? Gidiyorsunuz, Meclis'te *"evet"* diyorlar. Peki, savcı oradan insin mi? *"Evet"* diyorlar. Peki, hangi güç bunu engelliyor? Meclis'in iradesi de bu yönde, ne engelliyor, yani Türkiye'deki bu işi engelleyen şey ne? Savcı arkadaşlara diyorsunuz ki, bakın diplomatik bir dille söylüyorum, *"polis sizin emrinizde değil"*, cümlelerin devamını getirmek istemiyorum. Böyle bir hazırlık soruşturması olabilir mi? Zaten olamadığı için de, son soruşturmayı siz hazırlık soruşturmasına çeviriyorsunuz. *"Polis arkadaşlarımız daha hiyerarşik olarak sizin emrinizde olsa, hukuk adamı kimliğinizin de dışında ve beraberinde başka teknolojik birikimlerin sağlandığı operasyonel gücünüzün de olduğu binalarımız olsa ne olur?"* diyoruz. Şimdi buna polis isyan ediyor, *"ben çantacı mı olacağım?"* diyor. Peki, savcıya dönüyorsun, *"ben polis miyim?"* diyor. Peki, biz bu vatandaşa bu şekilde hegemonya kurmuyoruz da, bürokratik bir işkence yapmıyoruz da, ne yapıyoruz?

Şimdi siz sağlıklı bir, hazırlık soruşturmasından bahsedebilir misiniz? Biz bir kere kimi yargılıyoruz? Bakın, avukatsanız nasıl yargılanırsınız? Seslerin çıkması gerekir bana kalırsa, Adalet Bakanı'na kadar gidiyorsunuz, niye gidiyorsunuz. Ama dikkat edin, bir izin sistemi yürüyor; görev suçlarını kastederek konuşuyorum tabii. Peki, ben 2547'ye tabiiyim, beni nasıl yargılırsın? Kamu görevlisiyim. Öyle vatandaşı gibi hemen yargı önüne, çıkar mıyım? Hakim, savcı ... Şimdi geçen geldiğimde değerli Başkan'la oturuyorduk, Ankara'nın gündemi telefon dinleme. Hadi o nazik konu üzerinde de durarak, toplantıyı mahvedeyim. Bir toplantıda hukuk devletiyle

ilgiliydi, çok samimi söylüyorum, cümlem aynen şöyleydi: Bir ülkede telefonların dinlenip dinlenmemesi ya da hukuka aykırı bir biçimde dinlenip dinlenmemesi önemli değildir. Eğer bir ülkede telefonlarınızın dinlendiği konusunda bir hissiyat taşıyorsanız, o ülke hukuk devleti olamaz. Açık söylüyorum, Türkiye'de çoğumuzun telefonları hukuka aykırı bir biçimde dinleniyor. Çok gariptir, dün akşam da haberlerde baktım, "hukuka aykırı bir biçimde elde edilen deliller mahkemelerimiz tarafından kullanılamaz" hükmünü getiriyoruz, ama basınımız bakımından bu kural geçerli değil. Bütün konuşmalar basında artık bütün ayrıntılarına kadar ... Şimdi tam böyleyken, birden yeni bir şok dalgası, yeni bir fayı daha kırıyoruz. Şimdi vatandaşa biz bunu nasıl izah edeceğiz? Bir grup yargıca disiplin cezası verdiniz, değil mi? Peki, ben de o zaman derim ki size, hukuka aykırı bir delil varsa, bu delil hiçbir disiplin alanında kullanılamaz. Sadece ceza yargılamasında değil, disiplin yargılamasında da kullanamazsınız. Yani siz dolaylı olarak bu delillerin yine de hukuka aykırı olduğunu mu düşünüyorsunuz? Telefon dinlemenin doğası nedir? Ben medyum muyum, yani "a" kişisini dinlemeye aldığım zaman, onun konuşacağı "b", "c", "d", "e"nin de, kim olduğunu bilebilir miyim? Doğru olan nedir? Hukuka aykırı, suç işlendi izlenimini veren bir durum ortaya çıktıysa, onu bir veri olarak kabul edersiniz, kişiyi de saptayabiliyorsanız, onunla ilgili de hemen dinleme kararı alırsınız. Biz bunu vatandaşa nasıl izah edeceğiz? Efendim, dolaylı dinleme bir kalemde geçti. Tarafların bir kısmı yargılanıyor, bir kısmı emekli oldu. Vatandaş bakımından hep bu işlere bakın, biz kimi yargılayabiliyoruz? Vatandaşı alıyoruz, koyuyoruz.

Bazı başlıklar da çıkardım, onlarla ilgili de birkaç söz söyleyeyim, bu meseleyi bir toparlayayım. Söyledim, ciddi yapılmayan hazırlık soruşturmaları, dava açmaya yetmeyecek iddianameler, savunma hakkının kısıtlanması, hukuka aykırı yolla elde edilen deliller, koruma tedbirleri, özellikle tutuklamayı söylemiyorum. CMK'daki En son düzenlemeyi okuyabildiniz mi bilmiyorum. Şimdi o kadar çok toplantı oluyor ki, bu toplantılardan birine davet ettiler, açıkça söyledim, "Ben Ceza Kanunu'yla ilgilenmekten, hiç bu Ceza Muhakemesi Kanu-

nu'yla ilgilenemedim. Ama bana bir başlık verin, o başlığa geleyim, anlatayım, heyete mahcup olmak istemem" dedim. Tutuklama ve adli kontrolü aldım, gittim, anlattım. Biliyorsunuz, 3842 sayılı Yasa 1992'de, Türkiye'de çok önemli ve modern gelişmelere öncülük etmiştir ceza muhakemesi hukukunda. Hukuka aykırı delillerin hükme esas teşkil etmeyeceği, koruma tedbirlerindeki, özellikle tutuklamadaki orantılılık ilkesi ve daha da önemli olan, hazırlık soruşturmasında altı ay, son soruşturmayı da kapsar bir şekilde iki yıllık bir tutuklamada azami süreler getirmişti. Yeni kanunda sistem, mahkemelerin görev alanına göre belirlenmiş, asliye ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda altı ay, ancak ihtiyaç duyulursa dört ay daha uzatılabilir. Toplam on ay. Bir dinleyici dedi ki, *"bir sonraki maddeyi bana yorumlar mısınız?"* İlk önce şöyle okudum: *"Ağır ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlarda tutuklama süresi iki yıldır"*. Tamam, iyi, bir süre koymuş. *"Bu üç yıla kadar uzatılabilir"* gibi anladım önce. Cümleyi dikkatle okursanız, şöyle: *"Uzatma süresi üç yılı geçemez"*. Asıl sürenin üzerine çıkabilecek bir üç yıl imkanı veriyorsunuz, bunu niye yapıyorsunuz? Zaten sorunlu olduğumuz alanlar değil mi bunlar?

Müsadere, şimdi kazanç müsadere de var, iyi de olmuştur, öyle de olması gerekir, hatta kara parayla ilgili sistem değişmiştir, o da iyi olmuştur. Veriyorsunuz arkadaşınıza arabayı, hafta sonu istiyor, o da gidiyor uyuşturucu işi yapıyor, bütün mülkiyet gitti, uygulamayı da söylüyorum, böyle bakmamak gerekir tabii. Burada prensiplerden ayrılıyoruz. *Non bis idem* kuralı, aynı eylemden dolayı, aynı sebebe dayanarak birden fazla yargılama yapılamaması. Şimdi bu evrensel bir ilkedir. Bu kadar yurtdışında yaşayan vatandaşımızın olduğu bir yerde de bana kalırsa, bu prensibi sadece egemenlik alanımızda kabul etmemiz gerekirdi. Bütün ülkelerde, yani bizim dışımızdaki ülkelerde suç işlendiğinde de kabul etmemiz gereken bir prensip.

Son zamanlarda bir şey ortaya çıktı, bunu da söyleyeyim. Bankacılık suçlarında görüyorum. Savcılık takipsizlik kararı veriyor, ağır ceza mahkemesi takipsizlik kararını onaylıyor. Askeri Yargıtay'ın çok iyi bir içtihadı birleştirme kararı var-

dır, der ki *"takipsizlik kararı prensip olarak kesin değildir, ancak bir yargı kararıyla bu desteklendiğinde kesin hüküm etkisi tanımak gerekir. Yeni bir delil, yeni bir vaka ortaya çıktığında dava açılabilir"* Bir bakıyorsunuz, Türkiye'de bu takipsizlik kararlarıyla ilgili yazılı emir, Adalet Bakanlığı'nun tahrikiyle yazılı emire gidiyor, okuyorsunuz, işte konjonktürel kararlar ortaya çıkıyor.

Hakimimizi, savcımızı nasıl yetiştireceğiz, bu konu çok önemli. Eğer bizim bu bir bürokratik hegemonyadan vatandaşları kurtarmamız gerekiyorsa, burada bizden çok tecrübeli büyüklerimiz, meslektaşlarımız var, herhalde şunu çok rahatlıkla tasdik edersiniz: Bir yargıç yirmi iki, yirmi üç yaşında, en acemi döneminde ne yapar? En acemi döneminde, en yalnız olduğu bölgeye gönderilir. Aslında bu yaş, tek başına hakimlik yapmaması gereken bir yaştır. Gönderirsin çocuğu, sonra orada sosyal ortamda hakim, savcı içine kapanır, deyim yerindeyse, mesleki anlamda ilk başta acemilikleri vardır, hukuk hakimi olarak başlatırsın, o ilahi bir şekilde on yıl içinde biraz bu konuları anlar, kavrar, öğrenir, çünkü arabası yoktur, yolu yoktur, kitabı yoktur, teknolojisi yoktur, yukarıdan valiyle bu işler olur. On yıl sonra, bu adamı ceza mahkemesine verirsin. Bu işte vatandaş bakımından bir bürokratik hegemonya değil de, nedir? Savcı bakımından farklı mıdır? Avukat arkadaşlarımız tebessüm ediyorlar, sizin işiniz nedir? Türkiye'de ihtisaslaşma yoktur. Bakın, kalbiniz rahatsız olduğunda nereye gideceğinizi bilirsiniz, böbreğiniz raliatsız olduğunda nereye gideceğinizi bilirsiniz, artık *"ben her işi yaparım"* devri bitmiştir. Olacak iş değil, yani kafasını kaldırıyor vatandaş, avukatı görüyor. Mutlaka bu işlere bir ihtisas kazandırmamız gerekiyor. Ben bankacılık suçlarıyla ilgili çalışmamı yaparken, ceza hukuku kesinlikle yetmedi ve dizimizi kırdık, biraz sözleşme hukukuna bakıyorsunuz, biraz ticaret hukukuna bakıyorsunuz, ister istemez böyle çalışmalar yapmak durumundayız. Onun için bu ihtisaslaşmaya çok önem vermeliyiz.

Dün derdimi çok iyi ifade edemedim, bir de kavramsal olarak anlaşılın diye biraz hatalı bir cümle kurdum, yani *"milletvekillerinin göreviyle ilgili yargılama"* dedim. Aslında devlet

FATİH SELAMİ
MAHMUTOĞLU'NUN
TEBLİĞİ

başkanının, başbakanın, bakanların görevleri nedeniyle yargılanmasıyla ilgili Anayasa Mahkeme'si ... Anayasa Mahkemesi'ni inşallah, İstanbul'a, Boğaz'a taşırız, orada daha iyi çalışacaklardır. Diyeceksiniz ki, bunun İstanbullulukla ne alakası var? Orada özgürlük rüzgarları daha iyi eser. Burada devamlı bu bürokrasi içinde sıkılabilirler, onu ayrı bir yere koymak gerekir. İnşallah da, bu temennim olur. İstanbul'da da ağırlamaktan onur duyarız. Ama şimdi Meclis bir karar veriyor, bu kişileri Yüce Divan'a, Anayasa Mahkemesi'nin önüne gönderiyoruz. Savcı burada iddianame hazırlıyor mu, yani o anda bir iddianame hazırlama gücü var mı? Yok. Ama müdahil oluyor, görüşünü söylüyor, "*vaka şöyledir, böyledir*" Anayasa Mahkeme'sinin, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin, iç tüzüklere ilişkin denetiminde, az önce hocalarımızın, arkadaşlarımızın anlattığı hususlarda hiçbir beis görmüyoruz, olması gerekir, tereddüt yok. Ama bir ceza yargılaması yapıyor. Az önce söylediğim uzman kadro var mı? Yok. Kararı kesin mi? Evet Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gittiğinizde, bu sizin bakımınızdan da bir sıkıntı. İlla ki orayı adres göstermiyorum, bakın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi konusunda söyleyebileceğim başka şeyler de var. Yargılamanın iadesi konusunda fevkalade hatalı bir düzenleme yaptık. Her sözleşme ihlali iadeyi muhakeme, yargılamanın yenilenmesi konusu olamaz, hatalıydı. Ama neyse, adresimiz bu. Şimdi bu az önce söylediğim adil yargılanma kriterlerine uyuyor mu?

Burada şunun bir daha altını çiziyorum: Anayasa Mahkemesi olmalıdır hiç kuşkusuz. Diğer bir konu, istinaf mahkemeleri, İstanbul'daki toplantıda kanun yollarını hazırlayan bir avukat arkadaşımız, "*bu istinaf meselesi*" dedi, bir personel sayısı verdi, bir hakim, savcı sayısı verdi, "*yandık*" dedim, Başkan bey sağ olsun, bizi toplantılara da çağırır, hiç düşüncelerimi söylemekten çekinmem, bir şey iyiyse iyi derim, kötüyse kötü derim. Bu, Ceza Kanunu'yla ilgili böyle olmuştur, Usul Kanunu'yla ilgili böyle olmuştur, memleketimle ilgili ne kadar pozitif enerjim varsa, ortaya koymaya çalışırım. Mesela, bu konu tam detayını da bilmiyorum. Bizim için biraz yabancı bir alan istinaf. Ama yeniden bu yargılamaların yapılması, zaten

makul sürede bitiremediğimiz onlarca yargılama ortadayken bu meseleyi nasıl toparlayacağız bilemiyorum.

Bazı sistem sorunlarını ceza hukukuyla çözmeye çalışırsanız, sonuç alamazsınız. Olaylar, yargılamalar devam ettiği için isim vermeyeceğim. Türkiye 1999 yılında çok büyük bir deprem felaketiyle karşı karşıya kaldı. Depremın nedenleri arasında sebepleri sayabiliriz: Kötü yapılaşma, zeminlerin yanlış seçilmesi, vatandaşın hukuka aykırı bir biçimde iki kat yerine dört kat bina yapması, depremin şiddeti. Ama biz bu sorunu bir iki kararla çözeceğiz. Bu, banka meselesinde de böyle oluyor, deprem meselesinde de böyle oluyor, İSKİ'de de böyle oluyor, şurada da böyle oluyor, burada da böyle oluyor. Bunu yapmamız gerekir. Bunlar ceza hukuku sorunları da olabilir, ama ceza hukuku bu sorunların çözümünde bir araç değildir. Siz eğer bunları ceza hukukuyla çözmeye kalkıyorsanız, geçmiş olsun. Hiçbirinizin şu yapılanmada inşallah, mahkemeye işi düşmez. Ben başka bir mesaj vermek isterdim. Bu memleketin çocuğuyum, bu memleketi çok seviyorum, burada yaşamaktan dolayı onur duyuyorum, burada sizlerle olmaktan dolayı da çok mutlu oldum, dediğim gibi, başka tarzda bir konuşma yapmayı tercih etmiştim buraya gelirken, böyle düşündüm, ama olmadı.

Daveti için Barolar Birliği'ne tekrar teşekkür ediyorum. Beni dinlediğiniz için de hepinize saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; biliyorsunuz, üç gün süren toplantımızda yaklaşık on bir-on iki yabancı bilim adamı konuşmuş var ve de eşleri var. Şimdi Fatih hocamı dinledikten sonra, "*inşallah kazasız, belasız, mahkemeye filan düşmeden, şu Türkiye'den nasıl çıkarız?*" diye bir duyguya kapılmış olabilirler. Ama böyle bir korku duymalarına hiç gerek olmadığını, ben bir yetkili kişi olarak söylüyorum. Tabii, bu işin mizahi yarı. Biz de tabii, eğrimizi, doğrumuzu son derece objektif olarak ortaya koymak durumundayız.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Hakikaten kendisini sunarken de söylediğim, bütün değerlendirmelerini çok yüreктen desteklediğim ve son derece

objektifliğine inandığım değerli hocama çok teşekkür ediyorum. Ben, tekrar özetlemek istemiyorum. Saat 12.30'a kadar bir süremiz var. Bu sürede sanıyorum, salondan katkı sunmak isteyen ya da bu üç değerli bilim adamına soru yöneltmek isteyen arkadaşlarımız olursa, onları alacağım. Fatih hoca önce belirli bilim adamlarından, hukukçulardan örnek vererek, insanlara, söylüyoruz, anlatıyoruz, hepsini gayet güzel sıralıyoruz, ama yine de biz bunları verirken, insan egosunu, insan beklentisini, o bencilliğini göz ardı edilmesinin mümkün olmadığını vurgulayarak başladı; yani hepimizin önce ben olma, biz olma, benim rahatım, benim mutluluğum ve eğer bu konuda hak ve özgürlüklerinden fedakarlık yapıyor ya da vazgeçiyorsa, bunun mutlaka karşılığını almak istediğini vurgulayarak başladı ve hepimizin çok zevkle izlediğini ve dinlediğini umduğum sunuşunu bitirdi.

Ben burada sayın hocamın açıklamalarından sonra, yine izninizle iki önemli konuya vurgu yapmak istiyorum. Bunlardan biri, sayın hocam sizlere söyledi, özel ilgi alanı olan arkadaşlarımız varsa, lütfen bu Bankalar Yasası'yla ilgili şu andaki mevcut ve yeni düzenleme durumunda olan Bankalar Yasası'nı lütfen, alıp bir incelesinler. Değerli arkadaşlar, değerli dinleyenler; ya bize hukuk fakültesinde bu ilkeleri öğretmesinler ya da bize bunları öğretmişlerse, bu hukuk ilkeleriyle örtüşen, onlarla hakikaten koşut giden yasalar çıkarılsın. Bize öğretilenler eğer sayın hocamın söylediği gibi, *"böyle kürsülerde söylenir, ama kardeşim, yaşamı farklıdır, pratik farklıdır, eylemi farklıdır"* deniliyorsa, bunu da bir anlayalım. Ama bize söylenen, yani suçların kişiselliği, açın okuyun Bankalar Yasası'nı, yani bir bankacının, eşinin kayınpederine, kayınvalidesine, üçüncü derecedeki hısımlarına filan rahatlıkla gidilebiliyor ve bize anlatılan hukukun üstünlüğü, hukuk ilkeleri filan örtüştüğünüz zaman, hiç alakası olmayan bir yasa ortaya çıkıyor. Tabii, işin başka bir yönü, Türkiye'de hakikaten hukuk devletinin yerleşmesi konusunda çok samimi, içtenlikli olduğuna inandığımız muhalefet partisi temsilcileri ve de yine çok saygı duyduğumuz, aramızdan çıkan, hukukçuluğuna hiçbir biçimde herhangi bir şüphemiz olmayan sayın Cumhurbaşkanı, bunu Anayasa Mah-

kemesi'ne götürmüyor, çünkü toplumsal beklenti o soygun, o hortumlama dediğimiz, çok basite indirgenen tanımlamaların etkisinde altında kalıyor. Değerli dostlar, değerli konuklar, değerli üstatlarımız; bir kural ya vardır, ya yoktur. Sanıyorum, Fatih hocamın anlatmak istediği sıkıntı da buydu. Bakın, Fatih hocamın anlattığı olayla ilgili, ismini söylemeyeceğim, ama yıllardır Ankara Adliyesi'nde ve adliyelerin belirli birimlerinde idarecilik yapmış çok saygın, çok değerli bir meslek üstadımız Yargıtay'a seçildi ve kendisinin esas mesleği ve kimliği savcılık, yıllarca savcılık yapmış. Bunu getirdiler, Yargıtay'ın çok önemli bir hukuk dairesine üye yaptılar. Sizi bütün içtenliğimle temin edeyim, o değerli üstadımızın birebir bana söylediğini naklediyorum, üçüncü şahısların lafı değil: *"Tetkik hakimi bir dosyayı raporte ederken korkudan soru soramıyordum"* diyor ve *"Dairede kendisinin birikimine, bilgisine inandığımız üye arkadaş hangi yönde oy kullanıyorsa, ben de o yönde oy kullanıyorum"* diyor. Peki, şimdi insanlara bu eziyeti çektirmek hakikaten doğru mudur? O vakit Fatih hocamın söylediği çok haklılık kazanıyor.

O bakımdan, bütün amacımız, artık vazgeçemeyeceğimiz, şimdi Parlamento bunu yaptı, ama bunu yapanlar ne kadar bunun bilincinde? Hiç farkında değil. Hepinizin bildiği bir şey var; Anayasa 90. maddesinin son fıkrasına bir tümce eklendi. Bu Türkiye'de bütün işleri bitirdi, yani bu tümce karşısında artık Başbakan'dan, en sade kamu görevlisine kadar, *"ben istediğimi yaparım"* diyemez, mümkün değil, belki eskiden diyebilirdi. O tümce ne diyor? *"Eğer temel hak ve özgürlüklerle ilgili usulüne uygun yasalaşmış, tasdik edilmiş, kabul edilmiş, onanmış uluslararası sözleşmelerdeki bir norm, bir hükümle ulusal yasadaki bir norm ya da hüküm çelişiyorsa, uluslararası sözleşmedeki norm esas alınır"* diyor. O vakit biz bütün eylem ve davranışımızı, idare olarak da, avukat olarak da, baro olarak da, Barolar Birliği olarak da, Anayasa Mahkemesi olarak da, bu norma uygun hareket etmek mecburiyetindeyiz. Aksi takdirde, kaldıralım onu oradan, o zaman biz kendi kendimize kendi dünyamızdaki yargılara göre bir yargılama yapalım, kendi dünyamıza göre bir savunma yapalım, kendi dünyamıza göre bir yönetim biçimi getirelim, ama bunları koyuyorsak, ne olur kendi kendimizi disipline

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

edip, bunun içine çekelim. Benim söylemek istediğim şey bu.

Hepinize bu değerli üç hocam adına ve şahsım adına çok teşekkür ediyorum. Bizleri sabırla dinlediniz. Salondan soru varsa, onları da almak istiyorum ve de izninizle toplantıyı kapatmak istiyorum.

Zekiciğim sen el kaldırdın ama, Nuri ağabeyim üç gündür bizi onurlandırıyor. Efendim, Nuri Alan, çok saygı duyduğumuz, Onursal Danıştay Başkanı, buyurun sayın Başkan.

TARTIŞMA

Nuri ALAN (Danıştay Onursal Başkanı): Sayın Başkan hakkımda söylemiş olduğu sözler için teşekkür ediyorum.

Yine, böyle bir konuyu bu sempozyumun üçüncü gününe aldıkları için ayrıca teşekkür ediyorum. Bu sıradan bir teşekkür veyahut da söze başlarken kullanılmış bir teşekkür değil. Bu suretle, mutfağın dışında olan bilim adamlarından yargının değerlendirilmesini almış olduk. Yalnız, bence burada küçük bir eksiklik oldu. Bu bildiri sunacaklar arasına yargının içinde olan bir kişinin de dahil edilmesi, kanımca sorunların gerçek boyutunun ortaya çıkması bakımından çok yararlı ... (Teknik bir aksaklıktan mikrofonun sesi kesildi.)

Oturum Başkanı: Özür dileriz efendim.

Nuri ALAN: Estağfurullah.

Ben her üç konuşmacıya da bazı sorular yönelteceğim. Bu arada da belki çok küçük katkılar yapmaya çalışacağım. İlk sorum, çok eski ve değerli arkadaşım Ergun Özbudun'a olacak. Konuşmasından anladığım kadarıyla, Anayasa Mahkemesi'nin üyelerinin yasama organı tarafından seçilmesi görüşünü yeğliyor kendisi. Ancak seçilecek kimselerin niteliği hakkında herhangi bir bilgi vermedi. Yasama organı, Anayasa Mahkemesi üyelerini hangi nitelikteki kişiler arasında seçmelidir? Burada bir küçük çıkıntı yapmak istiyorum: Eğer hakimler arasından seçecekse, niçin bir siyasal niteliği olan organ tarafından hakimler seçilsin? Yok, içinde hakimler yoksa, o zaman bizim Anayasa'ya göre mahkeme niteliğinde olan bu anayasal de-

netimi yapacak kuruluşun mahkeme niteliğiyle bağdaştırmak mümkün olacak mıdır?

Burada yine bir saptama yapmak istiyorum: Bilindiği üzere, mevcut 1961 Anayasası ve mevcut Anayasa'ya göre, belli yerlere yüksek mahkeme genel kurullarının gösterdiği adaylar arasından Cumhurbaşkanı'nca Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'na ve Anayasa Mahkemesi'ne seçimler yapılmaktadır. Burada ben uzun meslek hayatım içerisinde şu iki şeyi tespit ettim: Birincisi, eğer sayın Cumhurbaşkanı belli bir siyasi partiden gelmiş ise, yüksek yargıçlar, o partiye mensup olma nitelendirmesi altına girmemek için aday olmamaktadırlar veyahut da bağımsız bir siyasi partiden gelmeyen cumhurbaşkanları zamanında ise, üç aday arasında seçilememiş olmanın, kendilerinin bir anlamda reddedildikleri biçimde yorumlanacağı ve bunun bir mesleki değer kaybına neden olacağı görüşü içerisinde bu tür seçimlere katılmamaktadırlar.

İkinci sorum sayın Özbudun'a; sayın Özbudun, 1982 Anayasası'ndan sonra Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu sınıyönetim ve olağanüstü hallerde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin denetlenmesi, yargı alanının genişletilmesi ilgili kararda ve kanun hükmünde kararnameyle ilgili kararlarda, Anayasa Mahkemesi'nin kurucu iradenin iradesi doğrultusunda kararlar verdiği biçiminde bir görüşü serdetti. Yanılıyor muyum bilmiyorum. Oysa, 1982 Anayasası'nun yürürlüğünde son sözü söyleyen konsey, iradesini Anayasa hükümlerine yansıtmıştı, 148. maddede denetim yasağı getiriyordu. Sayın Özbudun'un 148. maddeyle ilgili has görüşlerini de çok iyi biliyorum. Kendisi eğer yanılmıyorsam, aynı sözcüklerle, "asıl yargısal denetim böyle dönemlerde lazımdır" şeklinde özel görüşünü de ifade etmiş oluyor. Anayasa Mahkemesi'nin 1982 Anayasası'ndan sonra vermiş olduğu kararlar, kurucu iradenin istekleri doğrultusunda mıdır, yoksa bununla tamamen zıt mıdır? Çünkü, kurucu irade, anayasal yargı sınırlaması getiriyor, Anayasa Mahkemesi getirmiş olduğu, vermiş olduğu kararlarla bu sınırı genişletiyor. Dolayısıyla, bir paralellikten değil, belki de bir karşı görüşten söz etmek mümkündür.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN: Değerli ve eski dostum Nuri Alan'ın her iki sorusunda da isabet var, gerçekten aydınlatılmaya muhtaç. Bir defa şunu ifade edeyim: Ben bugünkü şartlar altında Anayasa Mahkemesi üyelerinin tümünün yasama organı tarafından seçilmesi taraftarı değilim. Fakat bu konuda daha sağlıklı bir orantı sağlanabilir. Millî iradeyi büyük ölçüde yansıtan yasama organının da belli sayıda üyeyi, mesela bu yarısı olabilir; seçmesinin uygun olacağı düşüncesindeyim. Diğer yarısı, gene bugünkü sisteme benzer bir şekilde yüksek yargı organları temsilcilerinden oluşabilir.

Sürenin mutlaka sınırlandırılması gerektiği inancındayım. Buna konuşmamda değinemedim. Bu, Batı Avrupa Anayasaları'nda olduğu gibi, dokuz yıl veya on iki yıl olabilir. Fakat bugün kırk yaşında üye olan bir şahsın, altmış beş yaşına kadar bu üyeliği sürdürmesi söz konusu. Bunun uygun bir sistem olduğunu düşünmüyorum, çünkü zaman zaman Anayasa Mahkemesi'nin oluşumundaki yenilenme, kamuoyundaki değişmelere de bir paralellik sağlar.

Elbette üye seçilme için birtakım şartlar belirlenecektir. Gene, zikrettiğim Avrupa Anayasaları'nda belirlenmiştir. Bu ya belli bir süre hakimlik veya savcılık ya da avukatlık etmiş olmak veya belli süreler hukuk fakültelerinde öğretim üyeliği yapmış olmak gibi şartlar olabilir, yani hakimler arasından da elbette yasama organı seçebilecektir. Ama öbür yarısı da zaten doğrudan hakimlerden oluşacaktır.

İkinci soru daha da önemli. Ben "*Anayasa Mahkemesi esas itibarıyla kendisini kuran iradenin beklentilerine uygun hareket ediyor*" düşüncesini dile getirirken, öncelikle parti kapatma kararlarını kastetmiştim. Burada kurucu iktidarın laiklik ve üniterlik vasıflarını özellikle korumak istediği aşikardır, bu Anayasa'nın sayısız hükmüne yansımıştır ve Anayasa Mahkemesi de parti kapatma davalarında İslamcılıkla veya etnisiteyle uzaktan yakından ilişkili olan partileri kapatma konusunda oldukça müsamahasız bir tutum izlemiştir. Bunun ayrıntılarına şu anda girecek bir durum yok.

Olağanüstü hal, kanun hükmünde kararnamelere gelince; orada sayın Nuri Alan haklı, fakat orada da ben şunu demek istedim: Genellikle 1982 Anayasası'nı yapanlar çoğunluk iktidarına ve çoğunlukçu demokrasi araçlarına karşı bir güvensizlik beslemişlerdir. Evet, o somut meselede siz haklısınız. Kanun hükmünde kararname ise, esas itibariyle bir çoğunlukçu yönetim aracıdır, çünkü hükümetle parlamento çoğunluğu bir parlamenter sistemde ayniyet gösterir. Burada karar, gene tartışmasına giremeyeceğim. İki noktada Anayasa Mahkemesi çok haklı. Elbette, olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmünde kararnameleri zaman ve mekan itibariyle sınırlıdır. Ama üçüncü noktada tereddütlerim var. "Mevcut kanunlarda değişiklik yapamaz" diyor. Mevcut kanunlarda değişiklik yapamazsa, o zaman olağanüstü hal veya sıkıyönetim kararnamelerinin ne özelliği kalıyor? O zaman ancak hiç düzenlenmemiş bir alanda hüküm getirebilir. Bu da, o alanı fevkalade sınırlandırıyor. Ben bu durumu ifade etmek istedim, yani oradaki niyetim, çoğunlukçu demokrasi araçlarına karşı yüce mahkemenin bir antipati beslediği ve bu antipatinin de kurucu iktidardan kaynaklanan veya onunla paylaşılan bir antipati olduğu.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Değerli konuklar; soruları alacağım, ama yabancı konuklarımızdan Prof. Feldbrugge, özellikle hem Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür etmek, hem de bu konuyla, bu bölümle ilgili bir katkı sunmak için söz istediler. İzin verirseniz, ev sahibi ve bizler hep konuşuruz, ama değerli yabancı konuğumuza söz vermek için izninizi istedim.

Buyurun.

Prof. Dr. F. J. M. FELDBRUGGE: Sayın Başkan, sürmekte olan tartışmaya katılmak isterdim, fakat şu anda başka bir konumdayım.

Barolar Birliği'ne, bu kadar seçkin konuşmacıyı -kendimi dışarıda bırakarak tabii ki- topladığı için teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

TARTIŞMA

Tüm yabancı konuklar adına konuşarak, burada gördüğümüz sıcak misafirperverlik için de ayrıca teşekkür etmek istiyorum. Bu bağlamda toplantı boyunca çevirmenlik yaparak, birbirimizi anlamamıza yardımcı olan sayın çevirmenlere de teşekkürlerimi iletiyorum.

Size ve bu toplantının hazırlanmasında görev alan herkese teşekkürlerimi sunuyorum ve bu söyleyeceğimi zannediyorum, şu anda salonda bulunan herkes paylaşacaktır. Bu toplantının, burada sunulan tebliğlerin bir an önce kitaplaşmasını arzu ettiğimizi de ifade etmek istiyorum.

Oturum Başkanı: Biz de değerli konuğumuzun şahsında, bizim bu etkinliğimizi renklendiren, görüş ve düşünceleriyle katkı sunan ve bize güç veren bu değerli konuklarımıza, şahsım ve savunma örgütü adına, bütün hukukçular adına çok teşekkür ettiğimi, başka bir etkinlikte, başka bir toplantıda yine onları burada ağırlamaktan büyük mutluluk duyacağımızı lütfen ifade edin.

Değerli konuklar; sadece, bir soru alacağım, çünkü saat 12.30' da burayı terk etmek durumundayız.

Zeki bey ilk kez elini kaldırmıştı, Nuri ağabeye söz verdik. Zeki Erkmen, Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı, buyurun.

Av. Zeki EKEMEN (Türkiye Barolar Birliği Başkan Yardımcısı): Sayın Başkan; sorum sayın Fatih Selami Mahmutoğlu'na olacak: Uygulamada özellikle Yargıtay ve adli yargı mahkemelerinde, devletin taraf olduğu davalarda verilen kararlarda, yargıçlarımızın ağırlıklı olarak, devlet lehinde kararlar verdiği izlenimi vardır. Bu durum vatandaşta, yargıçlarımızın kendilerini devletten bağımsız görmedikleri düşüncesini doğurmaktadır. Bunun örneklerini verebiliriz. Oysa yargıç herkese karşı tarafsız ve bağımsız olmalıdır. Yargıçlar eliyle böyle bir durumun yaratılmış olması, vatandaş nezdinde böyle bir kanurun yaygınlaşmış olması, ülkemizde adil yargılamanın gerçekleşmesini sağlar mı? Demokrasinin gelişmesini ve yargı

bağımsızlığını nasıl engeller? Düşünceniz nedir, lütfen açıklar mısınız?

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Efendim, Zeki beyin yarı tebliğ, yarı soru niteliğindeki sorusuna sayın Mahmutoğlu, buyurun yanıt verin.

Doç. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU: Zor bir soru sordunuz, çünkü hemen bilimsel bir kaçamak yapayım. Bir araştırmam yok, ben de sizin gibi duyumlar alıyorum. Bu bir eğitim süreciyle ilgili bir şey. Bireyi nasıl yetiştirdiğimizle ilgili. Bu günlük hayatımıza yansıdığı gibi, bürokrasi, devlet ve yargı kültürümüze de yansıyor. Burada ben yargıcımızın bu yönde vermiş olduğu kararın böyle çok da önceden düşünülmüş, bilinçli bir karar olduğu düşüncesinde değilim, bu kültürel alanı böyle. Biz şimdi bu kültürel alanı değiştirmedığımız müddetçe, sözgelimi Türkiye’de yaşayan gayrimüslimlerin mülkleriyle ilgili bir yargılamayı izleyin, muhtemelen daha ulusal çıkarlarımızı da koyan reflekslerle hareket edilebilir, yani edilebilir derken, onaylıyor anlamında söylemiyorum. Bir şeyi değiştirmemiz gerekiyor, başka bir düşünce platformu, başka bir düşünce alanı içerisinde olmamız şart. Konuşmamın içinde de söyledim, asıl bağımsızlık yargıcın kendine karşı bağımsızlığıdır. Sizin söylediğiniz sonuç, daha doğrusu tespit, vatandaşımız açısından da böyle bir kaniya dönüştü ise, bu son derece sıkıntı verici bir durumdur, yargı bağımsızlığıyla ilgili kaygı verir. Artı, daha da ötesinde, konu başlığıyla ilgili o bürokratik hegemonya yerini bulur. O nedenle, belki bir ayrı araştırma konusu olan bu hususta tespitler, duyumlar doğru ise, burada başka bir bakış açısına, başka bir sistematığe ihtiyaç vardır. Ancak bunu söyleyebilirim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar; son bir soru alacağım. Lütfen, bize erkek egemen toplum demesinler diye, baştan beri elini kaldıran çok cici bir bayan arkadaşımız var; buyurun.

Av. Meltem BAĞCI (Ankara Barosu): Çok teşekkür ederim.

TARTIŞMA

Sayın hocamız Ergun Özbudun'a bir sorum olacak. Umarım, uzun bir soru olmaz, mümkün olduğu kadar kısa sormaya çalışacağım.

Sunumunda, yargının kendi kendini kısıtlamasından bahsetti. Bana göre, daha doğrusu anladığıma göre, demokratikleşme sürecinde son derece olumlu, son derece önemli bir husus. Fakat Türkiye'de bunun ne derecede objektif olabildiği söylenebilir?

İkincisi, bu kısıtlamanın sınırları neye göre tespit ediliyor? Ekonomik ve siyasi dediniz, ama bunu biraz açarsanız, memnun olurum.

Oturum Başkanı: Buyurun hocam.

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN: Çok kısa ifade edeyim: Ben temel haklara ve siyasal haklara ilişkin konularda genel olarak yargının, özel olarak da Anayasa Mahkemesi'nin aktivist bir tutum takip etmesinin yararlı olacağını açıkça ifade ettim sanıyorum. Bu demokratik sürece katkıdır, hizmettir. Ancak sosyal ve ekonomik değerleri ve politikaları ilgilendiren konularda, yargı organı siyasal iktidarın takdir hakkına daha büyük bir yer tanınmalıdır. Bu arada, mesela bir örnek vereyim: Yabancılar mülk satışıyla ilgili 1984'te çıkarılmış kanunu iptal ederken, Anayasa Mahkemesi "*milli menfaatlerle bu kadar yakından ilgili olan bir konu, siyasal kadroların öznel değerlendirmelerine terk edilemez*" gibi, benim şahsen, kesinlikle katılmayacağım bir ifade kullanmıştır. Elbette bir memleketin temel ekonomik, sosyal politikası, temel gidişi seçilmiş siyasi kadrolar tarafından belirlenir, yani ben bu ayrımı konuşmamda yaptım. Dediğim gibi, kendi kendini sınırlama eğiliminin daha çok ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin politikalar ve kararlar üzerinde olmasını savunuyorum, yoksa temel hakları ve siyasal hakları ilgilendiren konularda değil.

Oturum Başkanı: Buyurun.

Av. Kenan ÇEBİ (Ordu Barosu Başkanı): Efendim, sualerimden feragat ettim, bir şey söylemek istiyorum. Bu sempo-

yum boyunca gerçekten hukuka doyduk ve çok mutluyum. Mutluluğumu şu nederle atfetmek istiyorum: Özellikle Fatih Selami Mahmutoğlu hocamla ilgili bize söylediklerinizi, ben kendisini bugün ilk defa dinledim, fakat kendisi konuşmaya başladığında, sevgili Çetin Özek hocamı dinlemekte olduğumu anladım, daha sonradan kendisi bunu ifade edince, çok mutlu oldum. Üniversitelerimizde böylesine Türkiye'nin sorunlarına da değinebilen hocalarımızın olduğunu görmek bana çok mutluluk verdi. Ben de bu mutluluk içerisinde memleketime döneceğim.

Hepinize sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Oturum Başkanı: Efendim, biz de, zaten her üç değerli konuşum, hakikaten onlarla birlikte böylesi güzel bir toplantıyı yönetmenin onurunu yaşadığımı hep ifade ettim.

Sayın Başkan, siz bizi tanuyorsunuz, biz olmayan hiçbir şeyi söylemeyiz. Gerçekten bu değerli üç bilim adamı da, üzerinde bizim ittifak ettiğimiz, hakikaten bilim adamlığının bütün niteliklerini -özellikle Ergun hocam için söyleyeceğim- her yerde her zaman ifade ettiğimiz ve gerçekten hepimizin teminatı, hukukun teminatı, ülkemizin teminatıdır. İyi ki varlar, iyi ki bizlere bunları anlatıyorlar. Nefeslerine sağlık, kendilerine çok teşekkür ederiz. Bizim yapımızı bildiğiniz için, hiç kimseyi iltifat etmeyiz, ama hak eden insanlara, göz nuru döken insanlara, hiç hayatında mektup yazmayıp, ciltlerle kitap yazan insanların arasındaki farkı ortaya koymak da bizim görevimizdir, en azından objektif olmak nedeniyle.

Sayın Nuri ağabey buyurun. Ama biz bir süre tahdidi nedeniyle bunu söylüyoruz. Sizi dinlemekten ne kadar keyif aldığımızı da bilirsiniz.

Nuri ALAN: Ben uzatmayacağım, yalnız sizin ve Ordu Barosu Başkanı arkadaşımızın sözlerine genelde katılmakla beraber, özellikle Fatih Selami Mahmutoğlu'nun yargıyla ilgili olarak tespitlere katkılar yapmak ya da sebeplerini açıklamak istiyorum. Bu eleştirilerin sebepleri ortaya konulmadan, bence yargı hırpalanmıştır. Bunları açıklamak için de oldukça uzun

TARTIŞMA

bir zamana ihtiyaç vardır. En azından şunu söyleyeyim: Yargının bugün altında ezilmekte olduğu iş yükü konusunda bir istatistik incelemesi ...

Oturum Başkanı: Sayın Başkan'ım, sayın Nuri Alan, söz veriyorum Fatih beyle Nuri Alan'ın birlikte olduğu, yargı sorunlarıyla ilgili bir konuyu, burada bu kısa süre içerisinde bunu yanıtlamamıza imkan yok. Dikkat ederseniz, Adli kolluğun yapılması için Adalet Bakanı "evet" diyor, Müsteşar "evet" diyor, Adalet Komisyonu Başkanı "evet" diyor, ama Jandarma'dan ve Emniyet Genel Müdürlüğü'nden korkunç bir tepki geliyor. Nuri ağabey, bunları da tartışmak lazım, bunları da ortaya koymak lazım. Neden polis teşkilatı adli işleri almak için bu kadar ısrar eder, neden biz kendimizi götürüp teslim ediyoruz da, savcının yönetiminde bir çalışmayı kabul etmez, bütün beş yüz elli tane parlamentere özel ulak, yazılar yazarlar, "bu giderse Türkiye çöker, bu giderse anarşi gelir" derler? Bunların da, yani Fatih hocayı desteklemek anlamında söylüyorum, bunların da dile getirilmesi lazım. Ama tabii ki, bu sınırlı süremiz buna yetmez. Biz özverili, yürekli ... Sağ olun efendim, bugün yargıdan bahsediyorsak, sizin gibi, arkanızda duran değerli Başkan gibi ve adını burada sıralamak istemediğim birçok, çok saygın, bizim bu yargımızın temel taşları olan, direkleri olan insanların özverileriyle ayakta durduğunu da biliyoruz. Yani bunları tartışalım, ama hiç kimseyi, yargıyı küçültmek için değil.

Nuri ALAN: Karşılıklı konuşma olmasın. Ben uluslararası toplantılarda yargının elindeki dosya sayısını söylemekten içtinap ediyorum. Niçin biliyor musunuz? "Bu dosya sayısının altında siz nasıl doğru karar verebiliyorsunuz?" eleştirisine maruz kalmamak için.

Oturum Başkanı: Ama sayın Başkan dikkat ederseniz, ben bir espri yaptım, konuklarımız keşke, "bir an evvel buradan gidelim, bir mahkemeye filan çıkmayalım" diye. Bu işin esprisiydi.

Nuri ALAN: Sayın hocamız bir sorunun cevabını belki vermiş oldu, yani iş yüküyle ilgili, uzmanlık dediniz. Bugün idari yargı adına kısacak bir şey söylemek istiyorum. Danuş-

tay'da ilk derecede görülen beş bine yakın dava vardır ve sayın Ulusoy'un temas ettiği, idari otoritelerle ilgili dosyalar geldiği zaman, inanın ki, bunun içinden çıkabilmek için o konuyu önce çok iyi uzman derecesinde bilmek lazımdır, çünkü orada bu konunun uzmanı raportörlerden başlayarak, bu konuyla ilgilenen birçok değerli insanın verdiği kararı yargılayacaksınız ve bunların hepsi ilk derecede gelen dosyalar. İnanın, bir tez konusu olacak kadar ağır.

Oturum Başkanı: Sayın Başkan, biz bunların hepsini biliyoruz. Sizi de biliyoruz. Fatih hocamın söyledikleri çok yalın, çok net, çok objektif ve burası hakikaten serbest bir kürsü, dilediği gibi söyleyebilir. Yalnız, hep söylediğimiz bir şey değerli Başkan, yani İstanbul'daki yapılanmaların %55'i eğer imar dışıysa, bunu yapan belediye, bunu yapan yönetim, bunu yapan merkezi idareyse, yargıyı bu kadar eleştirmeye hakkımız olmadığını her yerde her zaman söylüyoruz, yani siz toplumu yaşanmaz hale getireceksiniz, diyeceksiniz ki "*gelin yahu, bunu düzeltin, hukukun içersine çekin*". Bu mümkün değil. Ama bunları burada tabii ki, hepsini bütün detaylarıyla konuşmamıza olanak yok.

Hakikaten bize onur verdiniz, üç gün süreyle son derece duyarlı, son derece içtenlikli, enerjik bir biçimde buradaki tartışmaların, konuşmaların şekillenmesine olanak sağladınız. Öncelikle ben salondaki bu duyarlı dinleyenlere çok teşekkür ediyorum, çünkü, -hani sanatçıların alkışsa takdiri-, bu tür düzenlemeleri yapan insanlar için de salonlardaki bu etkin kişilerin buraya katılması bir motivasyondur. Ben bu nedenle herkese çok teşekkür ediyorum.

Ayrıca, hakikaten çok mutlu oldum, çok yararlandım kendi adıma. Bu güzel düzenlemeyi yapan, başta Türkiye Barolar Birliği'nde bizim birlikte çalışmak için bize onur veren Teoman Ergül ağabeyimiz başta olmak üzere, Talay Şenol, Ozan Ergül, Şahin Mengü ve bütün emeği geçen arkadaşlara, yabancı konuklarımıza, yerli bilim adamlarına ve katılımcılarına sonsuz teşekkür ediyorum. Başka bir etkinlikte, başka

bir yeni düzenlemede beraber olmak umuduyla hepinize çok teşekkür ediyorum.

Burada şunu ifade etmek istiyorum: Bu toplantının kitabı, yani "*Demokrasi ve Yargı*" adlı bu etkinliğin kitabı, kısa bir süre sonunda elinize geçecektir. Katılmamış, bu toplantıyı kaçırmış olanlara da bu vesileyle bunu iletmek istiyorum.

Tekrar saygılar sunuyor, çok teşekkür ediyorum.

DİZİN

A

- adil yargılanma hakkı 43.
- Almanya 48, 59, 61, 66, 73, 81, 83, 84, 85, 96, 104, 106, 108, 109, 111, 113, 196, 197, 216, 217, 291, 324, 328, 348.
- Alman Anayasası 33, 88, 105, 236, 287.
- Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi (Amerikan Yüksek Mahkemesi) 27, 28, 77, 88, 161, 218.
- Amerika Birleşik Devletleri (ABD) 6, 7, 25, 26, 34, 44, 49, 66, 76, 151, 155, 159, 161, 162, 164, 166, 167, 168, 171, 173, 174, 175, 178, 211, 213, 214, 234, 235, 236, 280, 290, 291, 336, 346.
- anayasacılık 30, 45, 46, 50, 51, 54, 56, 308, 313, 316, 336, 337.
- anayasal demokrasi 3, 7, 44, 45, 46, 47, 57, 191, 209, 309, 313.
- Anayasal Denetim Komitesi 240, 243.
- anayasal devlet 12, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 73, 74, 191, 225, 230, 311.
- anayasal monarşi 26.
- Anayasa Konseyi 81, 153, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 215, 236, 239, 252, 272, 303, 336, 348, 350.
- Anayasa Mahkemesi 40, 48, 77, 80, 81, 83, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 119, 121, 122, 123, 124, 126, 132, 135, 137, 138, 139, 140, 143, 147, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 184, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 213, 214, 215, 216, 217, 226, 228, 232, 234, 236, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 336, 337, 341, 342, 343, 344, 345, 348, 349, 350, 356, 357, 358, 363, 374, 380, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 390.
- anayasa şikayeti 41, 273, 277, 278, 279, 287, 288, 291, 292, 293, 294, 295, 299, 308, 326, 327.
- anayasa yargısı 51, 53, 136, 152, 153, 157, 158, 215, 236, 240, 272, 302, 305, 307, 313, 327, 365.
- Askeri Yargıtay 128, 129, 130, 212, 323, 348, 363, 378.

DEMOKRASİ VE YARGI

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
121, 363, 365.
Avrupa Anayasası 42, 63, 200.
Avrupa Birliği 1, 4, 5, 25, 30, 31, 34,
41, 42, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 65,
66, 76, 111, 118, 133, 134, 136,
137, 145, 146, 147, 212, 213, 214,
215, 275, 328, 329.
Avrupa Birliği Anayasal Antlaşması
34.
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
(AİHM) 41, 112, 130, 131, 132,
133, 139, 216, 217, 226, 282, 283,
301, 323, 374, 380.
Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
(AİHS) 41, 112, 29, 139, 282,
283.
Avrupa Konseyi 65, 74, 226, 227,
228, 283, 324.
Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
41, 112.
Avusturya 77, 81, 83, 84, 88, 142,
152, 296, 336.
Avusturya Modeli 79.
Azerbaycan Yüksek Mahkemesi
231.
azınlık hakları 40, 52, 178.

B

Başsavcılık 246, 256.
Bavyera 92, 93, 100.
Beccaria 369.
Benjamin Constant 47.
Bush 161, 173, 175, 176, 177, 179,
182, 213, 214, 218, 219.

C

Çek Cumhuriyeti 83, 274, 286, 288,
289, 297, 299, 310, 311, 313, 315,
320, 321.
Cezayir 360.
Ceza Kanunu Reformu 91.
CHP 340, 341.

Çin Cumhuriyeti 72.
çoğunluk ilkesi 51, 52, 53, 54.
Conseil Constitutionnel 81.
Cumhuriyet 22, 73, 74, 81, 199, 200,
204, 205, 243, 249, 348, 358, 359.

D

Danimarka 64, 329.
Demokratik anayasal devlet 25, 31,
32, 33.
Demokrat Parti (ABD) 163, 172.
despotizm 25.
Duma 242, 246, 249, 250, 256, 257,
258, 259, 260, 263, 265, 269.
Devlet Güvenlik Mahkemeleri 41,
127, 128.
devrim 54, 159, 162, 235, 309, 313,
315, 317.
Devrimci İşçi Sendikaları
Konfederasyonu 128.
De Gaulle 81, 236, 360.
diktatörlük 29.
Doğu Almanya 33, 104, 106, 107,
108, 109, 326.

E

eşitlik 2, 27, 31, 35, 38, 40, 50, 51,
52, 53, 64, 65, 127, 146, 158, 195,
200, 227, 347, 366.

F

faşist 79, 95, 157.
Federalist 78, 82, 167, 180.
federasyon 61, 78, 112, 243, 246,
249, 255, 265, 266, 269, 270.
Federasyon Konseyi 242, 246, 247,
250, 256, 257, 258, 267.
federasyon unsuru 243, 246, 249,
265.
Fransız Devrimi 47, 359.
Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları
Bildirgesi 26, 36.

G

geçici tedbir 292, 293.
Gorbaçov 107.
Güvenlik Konseyi 66, 218.

H

Habermas 50, 51.
hakların kısıtlanması 67.
halk demokrasisi 44.
halk egemenliği 45, 51, 52, 62, 63,
78, 80, 81, 226, 237.
Hans Kelsen 77, 79, 152, 201, 272,
346.
Hırvatistan 64, 65, 286.
hukukun saf teorisi 79.
hukukun üstünlüğü 4, 5, 24, 26, 62,
63, 67, 118, 159, 179, 204, 224,
238, 240, 244, 276, 277, 281, 284,
305, 308, 310, 311, 316, 323, 382.
hukuk devleti 2, 3, 4, 5, 16, 17, 18,
19, 20, 21, 24, 46, 50, 51, 54, 55,
56, 57, 62, 80, 83, 85, 86, 110, 118,
120, 121, 125, 130, 133, 134, 137,
199, 200, 201, 202, 204, 206, 209,
210, 211, 225, 230, 233, 266, 311,
317, 353, 362, 364, 365, 373, 376,
377, 382.

İ

İngiltere 61, 64, 66, 73, 239, 329.
insan hakları 35, 38, 40, 324.
İnsan Haklarının ve Temel
Özgürlüklerin Korunmasına
Dair Avrupa Sözleşmesi 41.
İspanya 30, 59, 66.
İsrail 339.
itiraz yolu 155, 296, 297, 299.

J

J. H. Ely 49.

K

kamu hürriyetleri 27, 28.
Kanada 280, 305, 339.
karma anayasalar 25.
kazanılmış haklar 170.
komünist devlet 108.
komünist rejim 96.
Kopenhag Kriterleri 63, 74, 136,
212, 329.
kuvvetler ayrılığı 2, 13, 25, 26, 27,
28, 29, 41, 75, 238, 278, 342, 345,
352, 353, 354.

L

Litvanya 321.

M

Macaristan 79, 84, 225, 280, 287,
288, 301, 309, 311, 313, 324, 325.
mahkeme hegemonyası 82.
Marbury v. Madison 28, 77, 235.
Medeni Kanun 122, 123.
militan demokrasi (mücadeleci
demokrasi) 48.
milliyetçi 105.
Monako 217.
monarşi 21.
Montesquieu 26, 198.
48.
müzakereci demokrasi 50.

O

olağanüstü hal 42, 119, 130, 344,
385, 387.
ombudsman 80, 238, 287, 299.
Organstreit 75, 86.
Örgütlenme Hukuku 195.
otorite 13, 283, 286, 325.
295, 300, 315, 316, 345.
özerk bölge 243.

DEMOKRASİ VE YARGI

P

- Parlamento 42, 81, 89, 100, 103,
154, 158, 202, 215, 242, 258, 266,
321, 383.
Polonya 64, 65, 66, 84, 110, 111,
284, 285, 287, 288, 291, 293, 297,
303, 309, 310, 311, 313, 314, 315.
Portekiz 30, 336.
post-komünist 272, 273, 274, 275,
276, 286, 288, 290, 291, 292, 296,
297, 299, 300, 301, 317, 318.

R

- radikal demokrasi 47.
Reagan 172, 173, 175, 176, 179, 181,
182.
Rechtstaat 46, 55, 83, 84, 86, 118,
266, 311, 314, 317.
refah devleti 32, 171.
Rehnquist 173, 174, 175, 178, 180,
181, 182.
Rousseau 199, 209.
Rusya 59, 83, 225, 234, 239, 240,
241, 242, 243, 244, 245, 246, 249,
250, 252, 256, 257, 258, 260, 264,
266, 268, 271, 272, 276, 321, 325,
330.
Rusya Federasyonu 239, 240, 241,
242, 243, 244, 245, 249, 250, 252,
256, 257, 258, 264, 271, 276.
Rus ombudsmanı 254.

S

- Sayıştay 153, 349, 363.
Scylla ve Charybdis 313.
sendika 128.
Sendikalar Kanunu 128, 129.
serbest pazar 74.
serbest rekabet 74, 358.
Sıkıyönetim Kanunu 120, 121, 129.
sınırlı demokrasi 47.
sınırlı hükümet 27.
sınırlı iktidar 9, 12, 34, 36, 41.

- sivil toplum 35, 37, 38, 40.
Slovakya 287, 302, 313.
Slovenya 274, 287, 288, 289, 291,
293, 297, 298, 299, 304.
somut norm denetimi 78, 93, 96,
140, 300.
sosyalist devlet 29.
sosyalizm 66.
sosyal haklar 33, 228.
Sovyetler Birliği (SSCB) 29, 44, 225,
229, 240, 243, 244, 310, 319, 321,
322.
soyut norm denetimi 83, 85, 93, 94,
103, 249, 250, 256, 295, 300, 315,
316, 345.

T

- TBMM 6, 57, 341, 344, 349.
temel haklar 20, 48, 66, 84, 85, 95,
110, 123, 188, 190, 192, 194, 199,
201, 204, 205, 227, 228, 241, 270,
274, 277, 287, 338, 339, 346, 347,
351, 390.
temel özgürlükler 38, 171, 174, 205,
206, 286.
Terörle Mücadele Kanunu 123, 129.
Thomas Hobbes 74, 75.
Türkiye 1, 3, 4, 5, 11, 59, 60, 63, 64,
65, 71, 73, 76, 85, 117, 118, 128,
131, 133, 134, 137, 141, 144, 145,
146, 184, 212, 213, 223, 309, 333,
336, 352, 372, 373, 374, 376, 381,
387, 388, 392, 393.
Türk Ceza Kanunu 126, 129, 131.

U

- üçüncü demokratikleşme dalgası
83, 85, 336.
Ukrayna 161.
uluslararası antlaşma 20, 133, 203,
250, 252, 260, 262.
Uluslararası Çalışma Örgütü 39.
Uluslararası Ceza Mahkemesi 217.

V

vatandaş örgütleri 254.
 Vatansever Yasası 177.
 Visegrad 311, 313, 318.
 V. D. Zorkin 241, 242, 268, 330.

Y

yabancılara seçme ve seçilme hakkı
 113.
 yargı 1, 43, 44, 69, 71, 117, 118, 119,
 133, 134, 135, 151, 186, 188, 214,
 223, 225, 248, 261, 276, 277, 278,
 279, 281, 326, 335, 356, 357, 364,
 394.
 yargısal sınırlılık ilkesi 93, 113.
 Yargıtay 124, 125, 127, 128, 129,
 130, 204, 212, 214, 215, 323, 324,
 326, 327, 348, 356, 363, 388.
 yarı-başkanlık sistemi 81.
 yasama 27, 28, 41, 90, 103, 187, 328,
 349, 353, 354, 384.

yaygın denetim 77, 84.
 Yeltsin 111, 241, 268, 269, 270, 330.
 Yeni Düzen (New Deal) 19, 163,
 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174,
 175.
 Yeni Sağ 171, 172, 173, 175, 176,
 177, 178.
 Yeni Sağ Anayasal Düzeni 175.
 Yüksek Askeri Şura 87, 122, 364,
 365.
 Yüksek Sovyet 241, 268, 269.
 Yunanistan 30, 72, 73, 84, 144, 145,
 337.
 yurttaş hakları 27, 31.
 yürütme 6, 7, 13, 18, 41, 42, 77, 78,
 118, 134, 156, 157, 187, 202, 210,
 213, 214, 229, 230, 233, 245, 246,
 249, 250, 265, 284, 342, 344, 353,
 354, 355, 359, 369, 370, 371.