

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi Arasındaki İlişki

Valerija Galić

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi Başkanı

Bosna Hersek Anayasası ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğüne göre, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi belirli bir yargı yetkisi olan özerk ve bağımsız bir yargı mercidir. Bu, Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi için de geçerlidir. Böylece, Anayasa Mahkemesinin ve yasama organının ayrılması, Bosna Hersek Anayasası'nda "hukukun üstünlüğü" formülüyle açık bir şekilde güvence altına alınmış hukukun üstünlüğü ilkesinin usule ilişkin yönlerinden biridir.

Ne var ki, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin ve Bosna Hersek Parlamenterler Meclisinin işlevsel ve kurumsal olarak katı şekilde ayrılması, mutlak suretle mümkün değildir. *Montesquieu'nun* desteklediği bu kuram, modern anayasa hukukunun gerçeklerinden sapmıştır. Ayrıca, çok yoğun bir etkileşim, işbirliği ve karşılıklı denetim ve aynı zamanda yetki kullanımından kaçınma ya da yetki kullanımını önleme, bu iki tür yetkili mercii arasındaki mevcut ilişkinin ayırt edici özellikleri arasındadır. Başka bir ifadeyle, İngiliz icadı olan *denge ve kontrol konsepti* şimdi çok sayıda unsurdan oluşmaktadır.

Belirgin olarak belirtmek gerekirse, Bosna Hersek'te Anayasa'yı yazanlar, anayasal prosedür içinde, öncelikle anayasal-yargısal otoriteyi tespit etme ve tanımlama hakkı olan kişidir. İlâveten, yasa koyucu Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi hâkimlerini seçme konusunda en çok yetkiye sahip olan makamdır ve yasa koyucunun Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin işinin belirli unsurlarını düzenleme ve bütçesini onaylama vs. yetkisi vardır. Öte yandan, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluğa ilişkin somut ya da soyut denetime veya bireysel başvuruya ilişkin işlemler yoluyla veya ülkedeki üç seçmen grubundan birinin önemli milli menfaatlerinin

ihlaline dair meselelere ilişkin verilen kararlar yoluyla, yasama sürecini etkileyebilir, bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu açıklayabilir. Yasa koyucuya Bosna Hersek Anayasası'na uygun kanunlar yapması ya da ara çözümler bile getirmesi yönünde talimat verebilir. Son olarak, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili olan rolünün önemine rağmen, özellikle de kararların sayısı dikkate alındığında, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin negatif kanun koyucu biçimindeki klasik rolü en önemli olan rolüdür. Bu şekilde, yasa koyucuya hukukun üstünlüğüne ilişkin temel ilkelere uyma yönünde daimi bir yükümlülük getirilmektedir. Böylece, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi kararlarının, anayasal açıdan iyi temellendirilmiş ve esası yönünden haklılaştırılmış olup olmadığına bakılmaksızın da, belirli siyasi etkileri vardır.

Bu söylenenlerden bağımsız olarak, günümüzde karşılıklı etkileşim olasılığı tamamıyla haklı kılınabilir. Ancak anayasa hukukunun temel ilkeleri, bu iki otoritenin birbirlerinin alanına girmemeleri ya da birbirlerinin varlığını tehlikeye atmamak zorunda olduğunu bize gösterirler. Böylece, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesinin tamamlayıcı nitelikte (ek) bir yasa koyucu olmaması ve kararlarının siyasi iradenin oluşturulmasını ya da hayata geçirilmesini etkilememesi gerekir. Örneğin, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi takdir yetkisi alanı kapsamında, yasa koyucunun çözümlerinin yeterli olup olmadığını veya yasa koyucunun belirli kamu menfaatini karşılama yöntemini incelememelidir. Öte yandan, Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi bağımsız ve özerk kalmalı ve siyasi mücadele, Bosna Hersek Parlamentolar Meclisinden mahkeme salonuna taşınmamalıdır. Böylece, temel değerlere ve görevlere yönelik müşterek saygı, ikisinin hem gerekli hem de işlevsel bir ilişki içinde olmasına yol açar. Bunlar, benim ülkemdeki her iki tür yetkiye dair daimi sorunlardır ve de her ülkenin özelliklerini dikkate almakla beraber, hukukun üstünlüğü ve demokrasi ilkelerine tam olarak uygun düşecek çözümler aramak her zaman gereklidir.

Ne var ki, yakın geçmişi çalkantılı olan ya da sözde geçiş sürecindeki ülkelerin durumunda, anayasa mahkemeleri ve parlamentoların arasındaki ilişki ayrıca engellenmektedir. Gelişmiş demokratik devletlerle veya milletler üstü kurumlarla, topluluklarla bütünleşme süreçleri, bu ülkelere işlevsel bir devlet geliştirme yükünü getirmiştir. Maalesef, bu ülkelerin son on yıllık dilimlerdeki tecrübeleri, veto hakkı gibi *denge ve kontrol* ilkesinin uç ya da radikal unsurlarını, sadece birçok otoritenin varlığı durumunda değil, her

bir otoriteyi de kapsamına almayı gerekli kılmıştır. Bu durum ise, sıklıkla devletin işleyişinde engellere ve gecikmelere yol açar ki bunlar çoğunlukla sürdürülebilir ve istikrarlı demokrasideki ve hukuk devletindeki eksiklikler olarak tanımlanmaktadır.

Bu anlamda, sıklıkla şu duyuluyor olabilir: devletin etkin işlevselliği ilkesi, anayasa mahkemesinin, diğerleri yanında, *yargısal aktivizmi* olarak adlandırılan faaliyeti ifa etmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır. Bu, anayasal hakların ve özgürlüklerin kapsamlı ve dinamik şekilde yorumlanmasına ve aynı zamanda siyasi krizin geçici yasal çözümler getirerek çözülmesine işaret eder. Bu, kaynağı karmaşık siyasi ya da milli unsurları barındıran devletlerin eksik anayasal sistemlerinde yatan çeşitli sorunların üstesinden gelmek için kullanılır.

Şu anda tüm dünyada meydana gelmekte olan terörle mücadele ya da ekonomik durgunluk gibi evrensel sorunları çözmek ve evrensel kamu menfaatlerini hayata geçirmek icap ederse, benzer fakat çok az farklı olaylar görülebilir.

Yargısal aktivizmin belirli bir zamanda ve belirli bir yerde olumlu bir rolü olabilmesine rağmen, hedefi dikkate alındığında, anayasa mahkemelerinin yasama organlarıyla olan ilişkisi bağlamında kuvvetler ayrılığı ilkesini ihlal ettiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle, yargısal aktivizm, parlamenter demokrasi sisteminden anayasal-yargısal ve yasama devletine geçişe ilişkin tartışmaları gündeme getirir.

Ne var ki, insan hak ve özgürlüklerinin etkili biçimde korunmasını kesinlikle içeren hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması halen anayasa yargısının kaçınılmaz bir yükümlülüğü ise; belirli davalarda anayasa normlarına ilişkin pro-aktif yorumun ve sorunları çözmeye yönelik müdahale yaklaşımının, yargısal aktivizmden ziyade anayasa yargısına ilişkin kaçınılmaz, istisnai bir yetki olup olmadığı meselesi ortaya çıkar. Yasa koyucunun bakış açısından yargısal aktivizm, daima negatif bir anlam taşır. Başka bir deyişle, hukuk devletini korumayı hedefleyen ve çok eleştirilen yargısal aktivizmin klasik önlemleri olarak önceleri görülebilen, anayasa mahkemelerince kullanılan belirli önlemlerin şu anda yasa koyucunun- ki kendisinin siyasi meseleleri çözmeye üzerine varsayılan parlamento egemenliği göz önünde bulundurulursa- münhasır hakkı olup olmadığı meselesi ortaya çıkar.

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi, tam olarak bu tür sorunlara maruz kalmaktadır ve ben eminim ki diğer pek çok ülke de aynı durumdadır. Karmaşık siyasi ve idari sistem, nüfusun karmaşık ulusal yapısı veya çok karmaşık kamu menfaatlerinin hayata geçirilmesi bir yandan, ulusal azınlıkların hakları dâhil insan hak ve özgürlüklerine uyulmasının zorunlu olduğu işlevsel devlet diğer yandan, anayasa yargısının sıklıkla karşılaştığı belirli zıtlıklar olarak tanımlanabilir. Bu ve benzer çıkmazlarda hukuki ve adil bir çözüm bulma, anayasa yargısı için büyük bir soruna işaret etmektedir. Bunun hem anayasa yargısını hem de yasa koyucuyu ilgilendiren büyük bir sorun olduğunu düşünürsek, mümkün olduğu kadar anlaşmazlıkları ya da yanlış anlamaları önlemek için iki tür yetki arasında daha yoğun bir işbirliği ve diyalog ihtiyacının günümüzün zorunluluklarından biri olduğunu görürüz.

Relationship between the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina

Valerija Galić

President of Constitutional Court of BiH

According to the Constitution of BiH and the Rules of the Constitutional Court, which represent a constitutional category, the Constitutional Court of BiH is autonomous and independent judicial authority of specific jurisdiction. This also applies to the Parliamentary Assembly of BiH. Thus, the separation of the Constitutional Court and the legislator is one of the formal aspects of the principle of rule of law, explicitly guaranteed in the Constitution of BiH by its legal formulation “*the rule of law.*”

However, strict functional and institutional separation of the Constitutional Court of BiH and the Parliamentary Assembly of BiH is not absolutely possible. This theory, which was advocated by *Montesquieu*, has deviated from realities of modern constitutional law. Furthermore, the current relationship between these two types of authority is characterized by a very intense interaction, cooperation, and mutual control as well as by preventing or refraining from exercising authority. In other words, the English concept of *checks and balances* now consists of very wide range of components.

Specifically speaking, in Bosnia and Herzegovina, the author of the Constitution is primarily the one entitled, under the constitutional procedure, to determine and define the constitutional-judiciary authority. In addition, the legislator has the greatest influence in electing judges of the Constitutional Court of BiH and is entitled to regulate certain elements of work of the Constitutional Court of BiH or confirm its budget, etc. On the other hand, the Constitutional Court of BiH, either through proceedings concerning individual constitutional appeals, concrete or abstract review of constitutionality and decisions on issues of a violation of vital national interests of one of the

three constituent peoples in the country, can affect the legislative process, declare unconstitutional any legislative act, order the legislator to make acts in compliance with the BiH Constitution or even impose interim solutions. Finally, despite the significance of the role of the Constitutional Court of BiH in respect to the protection of individual rights and freedoms, especially when considering the quantity of decisions, the traditional role of the Constitutional Court of BiH as a negative legislator is the most important one. In this way, a permanent obligation of complying with basic principles of the rule of law is imposed on the legislator. Thus, decisions of the Constitutional Court of BiH, regardless of whether they are constitutionally well-founded and justifiably substantiated, also have certain political connotation.

Regardless of these jurisdictions, i.e, the possibility of mutual influence, which is quite justified at the present times, the fundamentals of the constitutional law tell us that both types of authority must not enter into or jeopardize the very essence of either one. Therefore, the Constitutional Court of BiH should not become a supplementary legislator and its decisions should not affect the creation or implementation of a political will. For instance, the Constitutional Court of BiH must not examine whether the legislator's solutions, under its field of margin of appreciation, were adequate or examine the way in which legislator met certain public interest. On the other hand, the Constitutional Court of BiH must remain independent and autonomous and the political struggle must not be transferred from the Parliamentary Assembly of BiH in the courtroom. Therefore, mutual deference of core values and tasks leads to necessary but also functional relationship of the two. These are constant problems of both types of authority in any country and it is always necessary, while taking into account the particularities of each country, to seek solutions that would be in full compliance with the principles of democracy and the rule of law.

However, in case of countries with recent turbulent past or so-called countries in transition, the relationship between constitutional courts and parliaments is additionally hindered. Processes of integration into the community of developed democratic states or adequate supranational bodies have placed on these countries the burden of developing a functional state. Unfortunately, the realities of these countries in recent decades have made it necessary to incorporate extreme or radical elements of the principle of *checks*

and balances, such as the right to veto, not only in case of several authorities but also within individual authority. This very often leads to obstructions and delays in the functioning of the state, which are often defined as the deficits in sustainable and stable democracy and legal state.

In this regard, it can be often heard that the principle of effective functionality of the state must be interpreted in such a way that the constitutional court, among others, are also required to apply the so-called *judicial activism*. This implies extensive and dynamic interpretation of constitutional rights and freedoms as well as resolution of political crisis by imposing transitional legislative solutions. This is used to overcome various problems the source of which lies in a deficient constitutional systems of the states with complex political or national elements.

Similar but slightly different occurrences can be observed in cases of necessity to implement global public interests and solve global problems such as the fight against terrorism or the problem of economic recession, currently occurring throughout the world.

Although judicial activism can have a positive role at a specific time and specific location, given its goal, it objectively violates the principle of separation of powers, which especially relates to the constitutional courts' relationship with legislative bodies. In other words, it raises discussions of transition from system of parliamentary democracy to constitutional-judicial and legislative state.

However, if the protection of principle of the rule of law, which certainly involves effective protection of human rights and freedoms, is presently inevitable obligation of the constitutional judiciary, the question arises whether the pro-active interpretation of constitutional norms in certain cases and intervention approach to solving problems, is inevitable prerogative of constitutional judiciary rather than judicial activism. Judicial activism always carries negative connotation from the legislator's point of view. In other words, the question arises whether at present times, certain measures used by constitutional courts, which are aimed at protecting the legal state and which could be previously seen as classical measures of much criticized judicial activism, are still an exclusive right of the legislator, considering its assumed parliamentary sovereignty over solving political issues.

The Constitutional Court of BIH is precisely exposed to these kinds of problems and I am confident that this is the case with many other countries. Complex political and administrative system, complex national structure of the population or implementation of very complex public interests, on one side and functional state in which there must be compliance with human rights and freedoms, including rights of national minorities, on the other, can be defined as certain antagonism that the constitutional judiciary often face. Finding legal and fair solution in this and similar predicaments represents a big problem for constitutional judiciary. Given that this is a big challenge that concerns both constitutional judiciary and legislator, a need for more intense cooperation and dialogue between these two types of authorities so as to avoid misunderstandings or conflicts as much as possible, is one of the imperatives of the present day.