

# Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekiřmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü

*Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN \**

1974 Portekiz devrimi ile başlayıp kısa zamanda dünyanın birçok bölgesine yayılan “demokrasinin üçüncü dalgası”<sup>1</sup>, 1997 yılında dünya ülkelerinin yüzde 61.3’ü olan 117 ülkenin “seçimsel demokrasiler” (electoral democracies) olarak vasıflandırılabilmesine yol açmıştır; 1974’te bu rakamın 39 (yüzde 26.9) olduğu düşünülürse, kaydedilen gelişmenin hızı ve kapsamı ortaya çıkar. Seçimsel demokrasilerin hepsi, gerçek anlamda hürriyetçi (liberal)demokrasiler olmamakla beraber, bu ikinci gruptaki artış da kayda değer niteliktedir. “Hürriyet Evi” (Freedom House) verilerine göre, 1972’de sayıları 42 (yüzde 29.0) olan hür demokrasiler, 1997’de 81’e (yüzde 42.4) ulaşmıştır.<sup>2</sup>

Demokratikleşmenin üçüncü dalgasının önemli boyutlarından biri, anayasa yargısının şimdiye kadar emsali görülmemiş ölçüde yaygınlaşmış olmasıdır. İki Dünya Savaşı arasındaki dönemde Avusturya ve Çekoslovakya’da kısa süre varlığını sürdüren anayasa mahkemeleri, İkinci Dünya Savaşının bitiminden sonra Almanya ve İtalya gibi faşizmin acısını çekmiş iki büyük Avrupa ülkesinde kurulmuş, Avusturya da savaş-öncesi anayasa mahkemesini yeniden canlandırmıştır. Bunları, 1958 Fransız Beşinci Cumhuriyet Anayasası ile kurulan Anayasa Konseyi ve 1961 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile kurulan Anayasa Mahkemesi izlemiştir. Üçüncü dalgada ise, önce demokrasiye geçen üç Güney Avrupa ülkesi (Portekiz, İspanya ve

---

\* Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Yunanistan), daha sonra Sovyet İmparatorluğunun parçalanmasını takiben komünizm-sonrası Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri ile üç Kafkasya (Azerbaycan, Gürcistan ve Ermenistan) ülkesi, çeşitli biçimlerde anayasa yargısını benimsemişlerdir. Bunlar arasında, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleme görevini bir çeşit ombudsman sayılabilecek “Hukuk Şansölyesi” ne (legal chancellor) vermiş olan Estonya ile, karma bir sistem kabul etmiş bulunan Yunanistan<sup>3</sup> hariç olmak üzere, bütün diğer ülkeler, merkezileşmiş bir anayasa yargısı, ya da özel mahkeme sistemini benimsemişlerdir.

Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunun merkezileşmiş bir anayasa yargısı sistemini kabul etmelerinde, iki Dünya Savaşı arasında Avusturya Anayasa Mahkemesinin fikir babalığını yapmış bulunan ünlü Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen’in fikirlerinin etkisi büyüktür. Kelsen, kanunları iptal etmek gibi çok kapsamlı bir yetkinin, genel mahkemelere değil, özel olarak kurulmuş ve diğer hâkimlerden farklı yöntemlerle seçilmiş özel bir mahkemeye bırakılmasını savunmuştur. Kelsen’e göre “bir kanunu iptal etmek, genel (yasal) bir norm koymak demektir; çünkü bir kanunun iptali, onun oluşturulması ile aynı niteliktedir; sadece buna negatif bir işaret eklidir... Dolayısıyla, bir kanunu iptal etme yetkisine sahip bir mahkeme, yasama yetkisi kullanan bir organdır”. Kelsen, pozitif kanun koyucu olarak nitelendirdiği yasama organına karşılık, anayasa mahkemesini negatif kanun koyucu olarak vasıflandırmış, onun sadece önleyici denetim yapmasını ve üyelerinin seçilmiş kişilerce atanmasını savunmuştur.<sup>4</sup> Buna, Kara Avrupa’ında hâkim olan ve kanunu halk iradesinin (genel irade) ürünü olarak gören anlayış ve bürokrasinin uzantıları gibi görülen genel mahkemelere karşı duyulan güvensizlik eklendiğinde, merkezileşmiş sistemin tercih edilmiş olması daha iyi anlaşılabilir. Komünizm-sonrası demokrasilerde bu güvensizlik çok daha büyüktür. Totaliter değil otoriter<sup>5</sup> bir geçmişten gelen İspanya ve Portekiz gibi yeni demokrasilerde yargı organının daha az siyasallaşmış, hukuk biliminin daha gelişmiş ve Batı hukukunun bazı ilkelerinin benimsenmiş olmasına karşılık, Komünist sistemlerde hukukla siyaset arasındaki çizgi tümüyle silinmiş ve mahkemeler Komünist Partinin direktiflerine tâbi kılınmıştır. “Hukukî hiççilik” (legal nihilism) adı verilebilecek bu anlayış, vatandaşlarda da hukuk kurallarının, yöneticilerin davranışları üzerinde hiçbir etkisinin olmadığı yargısını kökleştirmiştir. Geçmişin bu mirası, totalitarizm-sonrası

demokrasilerde hukuk devletinin ve bağımsız yargının inşasını son derece güçleştirmiştir.<sup>6</sup>

Benimsenen anayasa yargısı sisteminin tipi ne olursa olsun, hukuk devleti ve onun bir unsuru olan anayasa yargısının, pekişmiş (consolidated) bir demokrasinin temel şartlarından biri olduğunda kuşku yoktur. Hukuk devleti, pekişmiş demokrasinin diğer şartları olan sivil toplumun ve siyasal toplumun özerkliği açısından vazgeçilmez bir unsurdur. Linz ve Stepan'a göre böyle özerk bir sivil toplumun ve siyasal toplumun varlığı için, "anayasacılık ruhu içerisinde tecessüm etmiş bir hukuk devleti, vazgeçilmez şarttır. Anayasacılık ruhu, çoğunluğun yönetiminden daha fazlasını içerir. Bu, anayasa üzerinde nispeten güçlü bir oydaşmayı ve özellikle, değiştirilmeleri olağandışı çoğunlukları gerektiren 'kendi kendini bağlayıcı' yönetim usullerine bağlılığı ifade eder. Keza, bağımsız bir yargı sisteminde yorumlanan ve sivil toplumdaki güçlü bir hukuk kültürü ile desteklenen, açık bir hukuk kuralları hiyerarşisini gerektirir".<sup>7</sup>

Yeni demokrasilerde anayasa mahkemelerinin oluşumu, yetkileri ve bağımsızlığı ile ilgili olarak benimsenecek formüller, geçiş döneminin niteliği ile yakından ilişkilidir. Otoriter rejimde ilk demokratik dönüşüm belirtilerinin ortaya çıktığı anla, ilk demokratik seçimlerin yapılmasına kadar süren "geçiş" (transition) dönemi, belirsizliklerle dolu bir dönemdir. Çünkü bu dönemde, yapılacak ilk serbest seçimlerde siyasal partilerin ne oranlarda oy alacaklarını kestirmek çok güçtür.<sup>8</sup> Doğu Avrupa deneyimi nazara alındığında, Komünist yöneticilerin iki farklı strateji izleyebildikleri görülmektedir. Eğer ilk serbest seçimlerde çoğunluğu elde edebileceklerine inanıyorlarsa, seçilmiş organların iktidarını yargı organı aleyhine geniş tutma eğiliminde olmaları muhtemeldir. Eğer kaybetme ihtimalinin daha güçlü olduğunu düşünüyorlarsa, yargıyı yeni seçilecek meclislerin ve hükümetlerin etkisinden mümkün olduğu kadar uzak tutmak ve özellikle kendi dönemlerinde atanmış olan hâkimlerin yeni iktidarca tasfiye edilmelerini önleyecek güvenceleri kabul ettirmek isteyeceklerdir. Belirsizliğin yüksek düzeyde olması halinde izlenebilecek bir strateji de, kurumsal değişimden kaçınmak ve mevcut kuralları dondurmak olabilir.<sup>9</sup> Bütün bu ihtimallerde muhalefet partilerinin menfaatlerinin, Komünist partininkilerin karşıtı olacağı açıktır. Dolayısıyla, geçiş döneminde benimsenecek nihaî formül, iktidarla muhalefet arasındaki güç dengesine de yakından bağlıdır.

Geçiş-sonrası dönemde anayasa mahkemelerinin demokrasinin pekişmesinde oynadıkları rol de, geçiş sürecinin niteliği ile ilişkilidir.

Polonya ve Macaristan gibi, demokrasiye geçişin, Komünist partinin reformcu kanadıyla, demokratik ve barışçı muhalefetin yuvarlak masa toplantılarıyla uzlaşmacı ya da oydaşmacı (consensual) biçimde gerçekleştirildiği ülkelerde anayasa mahkemesinin en güçlü, itibarlı ve demokratik pekişmeye katkısının en büyük olması, tesadüf değildir. Buna karşılık demokrasiye geçişin daha sarsıntılı veya eksik olduğu Rusya, Beyaz Rusya, Kazakistan, Romanya ve Arnavutluk gibi ülkelerde, otoriter eğilimli siyasal iktidarlara anayasa mahkemeleri arasında ciddi sürtüşmeler yaşanmış ve bunlar, anayasa mahkemelerinin değişen derecelerde etkisizliğe itilmesi ile sonuçlanmıştır. Bulgaristan ve Slovakya'da anayasa mahkemeleri ile sırasıyla Bulgar Sosyalist Partisi (eski Komünistler) ve Başbakan Vladimir Meciar'ın milliyetçi koalisyonu arasında ciddi sorunlar ortaya çıkmış olmakla beraber, her iki ülkede de anayasa mahkemeleri, bağımsızlıklarını korumayı başarabilmişlerdir.<sup>10</sup>

Komünizm-sonrası ülkeler arasında özellikle Polonya ve Macaristan'da anayasa mahkemelerinin demokratikleşme sürecine katkıları önemli ölçüde olmuştur. Macaristan Anayasa Mahkemesi, dünyanın en güçlü anayasa mahkemelerinden biridir. Bu ülkede her vatandaş, kanunların ve diğer hukuk normlarının anayasaya aykırılığını soyut olarak iddia etme ve böylece soyut norm denetimini başlatma hakkına sahiptir. Gerek Polonya gerek Macaristan anayasa mahkemeleri aktivist bir tutum izleyerek, anayasada açık bir hüküm olmayan durumlarda dahi "hukuk devleti" (rechtstaat) ve insan onuru gibi kavramlardan yararlanmak suretiyle, insan haklarına aykırı gördükleri birçok kanunu iptal etmişlerdir. Mesele Macaristan Anayasa Mahkemesi, ölüm cezasının anayasaya aykırılığına hükmederken, insan onuru kavramına dayanmıştır. Her iki mahkeme, eşitlik, sosyal adalet, kanunların geriye yürümezliği ve kazanılmış haklara saygı gibi ilkelere dayanarak birçok ekonomik reform kanununu iptal etmiştir. Her iki mahkeme, eski Komünist rejimin görevlilerine karşı girişilen hukuka aykırı cezalandırma veya tasfiye teşebbüslerine karşı çıkmıştır. Her iki mahkeme zaman zaman yasama ve yürütme organları ile uyuşmazlığa düşmüş olmakla beraber, kararlarına karşı çıkılmamış, aksine kamu oyunda popülerliklerini ve saygınlıklarını korumuşlardır. Bu saygınlığın bir yansıması olarak, Polonya'da 1997'de yeni Anayasa'nın kabulü ile, Anayasa Mahkemesinin yetkileri üzerindeki bazı kısıtlamalar 1999'dan itibaren kaldırılmıştır. Eski statüye göre Mahkemenin

kararları Meclisin (Sejm) üçte iki oyu ile geçersiz kılınabildiği halde, bu değişiklikle Mahkeme kararlarına kesinlikle kazandırılmış, ayrıca anayasa şikayeti kabul edilmiştir.<sup>11</sup>

Polonya ve Macaristan'da genel olarak demokratik dönüşümünün başarısı, özel olarak da anayasa mahkemelerinin güçlü ve saygın konumu, sadece bu ülkelerde demokrasiye geçiş sürecinin uzlaşmacı ve barışçı biçimde gerçekleşmiş olmasıyla değil, aynı zamanda bu iki ülkede komünist totalitarizmin, diğer Doğu Avrupa ülkelerine kıyasla topluma daha az nüfuz edebilmiş ve sivil toplumun bir ölçüde varlığını koruyabilmiş olmasıyla da açıklanabilir. Herman Schwartz'ın belirttiği gibi, "mahkeme, ancak ve ancak bir millet o yönde iyi bir başlangıç yaptığı takdirde, liberal anayasal demokrasiye geçişe, sınırlı fakat anlamlı bir katkıda bulunabilir. Bağımsız ve güçlü bir anayasa mahkemesi, liberal demokrasinin çocuğudur; böyle bir siyasal sistemin yokluğunda bir anayasa mahkemesi etkili şekilde işleyemez".<sup>12</sup>

### **Notlar**

1. Samuel P. Huntington, Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma (çev.Ergun Özbudun) (Ankara:Yetkin Yayınları, 1996).
2. Larry Diamond, Developing Democracy Toward Consolidation (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1999), 24-26.
3. 1975 Yunanistan Anayasasına göre, anayasaya uygunluk denetimi yapma görevi, genel mahkemelere aittir. Ancak, bir kanunun anayasaya uygunluğu konusunda Yüksek İdare Mahkemesi, Yüksek Medeni Hukuk ve Ceza Mahkemesi veya Sayıştay'ın farklı içtihatları olduğu takdirde, bu uyuşmazlık, Özel En Yüksek Mahkeme tarafından çözülür. Bu Mahkeme Yüksek İdare Mahkemesi Başkanından ve hepsi kura ile seçilecek bir Yüksek Medeni Hukuk ve Ceza Mahkemesi hâkiminden, bir Sayıştay üyesinden, iki hukuk profesöründen ve iki avukattan oluşur (madde 99 ve 100).
4. Alec Stone Sweet, Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe (Oxford: Oxford University Press, 2000), 34-37.
5. Totaliter ve otoriter rejimler arasındaki farklar için, bk. Juan J. Linz, Totaliter ve Otoriter Rejimler (çev.Ergun Özbudun) (Ankara:Yetkin Yayınları, 1984).

6. Pedro G. Magalhaes, "The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe", Comparative Politics, vol.32, No.1 (October 1999), 45; Herman Schwartz, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe (Chicago and London: The University of Chicago Press, 2000),2.
7. Juan J. Linz and Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1996),10.
8. Guillermo O'Donnell and Philippe C. Schmitter, Transitions from Authoritarian Rule: Tentative Conclusions about Uncertain Democracies (Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1986), 3-5; Adam Przeworski "Some Problems in the Study of the Transition to Democracy", Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter, and Laurence Whitehead, eds., Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspectives (Baltimore and London: The Johns Hopkins University Press, 1986), 58-61.
9. Magalhaes, "The Politics of Judicial Reform in Eastern Europe", 47-48.
10. Herman Schwartz, "East Europe's Constitutional Courts", Journal of Democracy, vol. 9, No.4 (October 1998), 100-114. Keza aynı yazarın The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe; Levent Gönenç, Prospects for Constitutionalism in Post-Communist Countries (The Hague-London-New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2002), 254-59.
11. Schwartz, "East Europe's Constitutional Courts", 103-106; Schwartz, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, 49-108; Macaristan Anayasa Mahkemesinin demokratikleşmeye katkıları konusunda keza bk. Kim Lane Scheppele, "Democracy by Judiciary (Or Why Courts Can Sometimes be More Democratic than Parliaments)", Washington Üniversitesinde Anayasa Mahkemeleri konulu konferansta sunulan tebliğ, 1-3 November 2001.
12. Schwartz, The Struggle for Constitutional Justice in Post-Communist Europe, 226.