

**ANAYASA YARGISI VE NORMATİF DEVRELER
KARŞILAŞTIRMALI ANALİZİ
İLK VERİLER**

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR*

Başlarken. Yenilenen analiz şeması.

Klasik Anayasa teorisinde hukuk kaynakları Hukukun meydana geldiği usuller bütünüdür. Bu usullere «normatif devreler», bütününe de «normatif devreler şebekesi» denebilir.

Kaynaklar teorisinde, liberal ihtilaller felsefesini Hukuk diline çeviren **Carré de Malberg**'in hayaleti görülür. Kanun fetişizminin düşünsel kaynakları da Malberg'ci doktrindedir.

Carré de Malberg, dinamik anlamda, «Hukukun kademeli oluş teorisi», statik anlamda «Hukuk düzeninin hiyerarşik yapısı teorisi»nin öncüsü olmuş, Avusturya ekolü önderi «**Hans Kelsen** ve **Strasbourg**'lu Hoca **Carré de Malberg**, normlar hiyerarşisini organlar hiyerarşisine bağlamışlardır.

Bugün, normatif devreler karşılaştırmalı analizi, anayasa'ların harfi harfine yorumundan kaynaklanan soyut şemalarla kurallar kademelenmesini açıklamak yerine, kurumlar pratiği ve jürisprüdansiyel pratiğin şekillendirdiği yeni gerçeği çözme arayışı içindedir. Kısaca, normatif devreler sistemini pratiği ile yargılamak, normatif devreler karşılaştırmalı analizinin konusudur.

Bir ilk tesbite göre, liberal-demokratik sistemlerde görülen, normatif devreler şebekesinde yenilenme ve genişlemelerin yanında, normatif devreler üzerinde politik ve hukuki zorlamaların şekillenmesinde Anayasa Mahkeme'lerinin artan rolüdür.

Carré de Malberg'e göre, Devlet fonksiyonlarının teorisini yapmak, Devlet gücünü (puissance étatique) kullanma biçimlerini incele-

(*) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku öğretim üyesi.

mektir. Bu anlamda Devlet teorisinin konusu, Devlet gücünü açığa vurma, kullanma biçimleri olarak görülen, Devlet organlarının hukuki işlemleridir. Kısaca **Carré de Malberg**'de Hukuk, «Devlet aidiyetli Hukuk»tur (1). Oysa, bugün, normatif devreler şebekesinde önemli bir yenilenme görülmektedir : «Devletsiz Hukuk»un inşaaı. Normatif devreler şebekesinde ikinci önemli yenilenme, Anayasa Mahkeme'lerinin normatif alana girmesidir. «Jurisdiction»nun anlamı değişmiştir. Normatif devreler şebekesinde görülen bu iki yenilenme tebliğde üzerinde durulan ilk problemdir.

Çalışmada üzerinde durulan ikinci problem, normatif devreler üzerinde **politik zorlamaların** şekillenmesinde Anayasa Mahkemeleri'nin rolü problemdir. Bu problem çerçevesinde önce, «**Muhalefet hakkı**» ya da «**Parlementoya ulaşma hakkı**»nın kullanılmasını etkileyen seçim teknolojisi ve parti-iç plüralizmi ile ilgili düzenlemeler, sonra da parlamento-dışı politik zorlamaların «çevre»si, hak ve hürriyetler jüri-sprüdansiyel teorisini üzerinde durulmuştur.

Çalışmanın üçüncü problemi, normatif devreler üzerinde **yargısal zorlamaların** kurumsal ve siyasi mantığıdır.

Çalışmanın dördüncü ve son problemi liberal-demokratik sistemlerin yenilenen normatif devreler şebekelerini pratikleri ile yargılama ve ikili bir tiplere kurma denemesi olmuştur.

1. PROBLEM BİR. NORMATİF DEVRELER ŞEBEKESİNDE YENİLENMELER YA DA HUKUK DÜZENİNİN HİYERARŞİK YAPISI KLASİK TEORİSİNİ YENİDEN DÜŞÜNÜRKEN.

Normatif devreler şebekesinde yenilenmeler, hukuk düzeninin hiyerarşik yapısı klasik teorisini yeniden düşündürmüştür. Klasik teoride revizyonu gerektiren gelişmelerin başında, Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Hukuk arasında münasebetler yeni problemiği vardır.

(1) **Carré de Malberg**, «Devlet genel teorisine katkı»nın (Contribution a la théorie générale de l'Etat) yarısına yakın bölümünü bu konuya ayırmıştır. «Contribution»un bazı bölümlerinin özeti olan «La Loi expression de la volonté générale» (1931) ve «La théorie de la formation du droit par degrés» (1933) aynı konuda yapılmış çalışmalardır. Malbergci doktrin Türk Anayasa hukuku doktrinini de etkilemiştir. Bk. **R. Sarıca**, Türkiye'de icra uzvunun selahiyetli, İstanbul 1943; **T. Güneş**, Türk pozitif hukukunda Yürütme organının düzenleyici işlemleri, Ankara 1965.

1. Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Hukuk arasında münasebetler genel problematiği ve 1982 formülü.

Doktrinde milletlerarası hukuk ve iç hukuk arasındaki münasebetler konusunda klasikleşen üç görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki, iç hukuk öncelikli monizm (**Jellinek**), ikincisi dūalizm (**Laband, Triepel ve Anzilotti**), üçüncüsü Milletlerarası hukuk öncelikli monizmdir (**Kelsen ve Scelle**). Monist doktrinde Milletlerarası hukuk ve iç hukuk bir bütünün parçaları olarak görülürken, dūalist doktrinde bu iki hukuk birbirinden bağımsız iki düzen sayılmıştır. Teori dışında, Anayasa'lar ve yargı kararları incelendiğinde, karşılaştırmalı Anayasa Hukuku'nda, Milletlerarası Hukuk'la Anayasa Hukuku arasında genel geçerli bir kademelenme prensibi tesbit etmek mümkün değildir.

Anayasa kurucuların özellikle milletlerarası koruma hukuku karşısında tavrını bir faktörler bütünü belirler : Anayasa'nın yapıldığı zaman dilimine bağlı siyasi ve sosyal iklim, ideolojik faktörler, Hukuk Devleti anlayışı, taraf olunan milletlerarası örgütler, Anayasal iktidar anlayışı gibi... Bu faktörlere her Devlet yapısına bağlı özellikler de eklenir.

Anayasa'larda her zaman, kademelenme problemini çözebilecek 1958 Fransız Anayasa'sı formülü benzeri açık ya da Bonn Temel Yasası'nda okunan «örtülü» bir çatışma normu yer almaz, yeni Anayasa'lar da çok kere alışılmış metodlarla okunamaz. 1978 tarihli İspanyol, 1976 tarihli Portekiz Anayasası gibi, demokratikleşme süreci Anayasa'ları temel hak ve hürriyetlerle ilgili andlaşma ve milletlerarası konvansiyonlar konusunda, klasik formüllerin dışında «uygun yorum» formülü olarak adlandırılabilen yeni çözümler getirmiştir. Türkiye'de III. Cumhuriyet Anayasası'nın getirdiği kurallar kademelenmesi içinde milletlerarası hukukun yeri problemi de çözümü zor bir problemdir. Anayasa'da «Milletlerarası hukuka açıklık prensibi» ya da «örtülü çatışma normu»nun yer alıp almadığı, 15. maddede getirilen «Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme» kaydının olağanüstü hallerde kurallar kademelenmesini farklı kurup kurmadığını, Yüksek Mahkemelerin (2), özellikle de Anayasa Mahkemesi'nin milletler-

(2) Danıştay 12. Dairesi 1970/1310 karar sayılı kararında, «Andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensip»in varlığını tesbit ettikten sonra, andlaşmaların iç hukuka uygun yorumu olarak adlandırılabilen farklı bir metod kullanmış, yeni bir «çatışma normu» anlayışı getirmiştir. Bk. DD. S. 2, s. 304 vd.

arası hukuk karşısında jürisprüdansiyel politikasının ne olduğu (3) soruları anlamlı sorulardır (4).

1.1. Kademelenme problemini basitleştirmek : Bir tiplene denemesi.

Ancak bu kompleks kademelenme problemini basitleştirecek bir tiplene denemesi yine de yapılabilir.

Bu tiplene denemesi içinde ilk formül, Birleşik Devletler sisteminin andlaşma eşit yasa, klasik formülüdür. Anayasada açık bir çatışma normunun yer almaması karşısında, uygulamada «sonraki norm» ya da «lex posterior derogat prior kuralı» geçerli sayılmıştır. İkinci formül, Federal Alman Anayasa hukukunda uygulanan formüldür. Temel Yasa, andlaşmalara tanınması gereken hukuki değeri belirtmemiş ve bu anlamda bir çatışma normu getirmemiştir ama, jürisprüdansiyel hukukta, Anayasa kurallarından çıkarılan, «Milletlerarası hukuka açıklık prensibi» yasanın andlaşmaya uygun yorumuna imkân vermiştir. Üçüncü formül, 1958 Fransız Anayasası'nın 55. maddesi ve Anayasa Konseyi jürisprüdansı ile kurulmuştur. Fransız Anayasa hukukunda, 55. maddeye göre andlaşmalar yasalara üstündür. Fransız Anayasa Konseyi bu yazılı çatışma normunun uygulanmasında genel mahkemeleri yetkili kılmıştır. Dördüncü formül, Portekiz ve İspanyol Anayasaları ile getirilen hak ve hürriyetler alanında Anayasa'nın andlaşmalara uygun yorumu formülüdür. Kısaca, bu andlaşmalar Anayasa-üstü sayılmıştır.

1.2. «1982 Formülü»: Anayasa düzenlemelerinin «açık» ve «kapalı» rolleri.

1982 sistemi bu formüllerden biri içine sokulabilir mi? Üzerinde durulması gereken ilk problem 15. maddenin «kapalı» (ésotérique) rolü problemidir. Anayasa madde 90/son'a göre andlaşmalar kanun hükümlüdür, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz (5). Ancak Anayasa'nın temel hak ve hürri-

(3) Anayasa Mahkemesi ölçü normlar blokuna, ya da anayasallık blokuna temel haklarla ilgili andlaşmaları ithal etmiştir.

(4) Cf. M. Soysal, «Anayasaya uygunluk denetimi ve uluslararası sözleşmeler»in Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s. 16 vd.; T. Akılhoğlu, «1982 Anayasasında temel hakların genel kuralları», İnsan Hakları Yılı, Ankara 1983-4, s. 60 vd.

(5) Onay kanunları için benzer bir kısıtlama yoktur. Bu durumda, ayrılabılır işlem (acte détachable) teorisi çerçevesinde onay kanunlarının uygunluk denetimi yapılabilir.

yetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. madde kuralından «Milletlerarası hukuka açıklık prensibi»ni —yazısız çatışma normu— çıkarmak mümkündür. Bu durumda yasaların andlaşmalara uygun yorumu genel mahkemelerce yapılabilecektir (6). Bu çözüm, 82 formülünü Alman formülüne yakınlaştırmaktadır.

Anayasa düzenlemeleri içinde bazıları, kamu iktidarlarının organizasyonu ve işleyişi ile ilgili teknik bir probleme özel bir çözüm getirmek gibi «açık» (exotérique) bir rol yerine getirirken, diğerleri, sistemin genel tanımında kullanışlı bir kriter getirmek gibi «kapalı» (ésotérique) ikinci bir rol de üstlenirler. 1982 Anayasası'nın 15. maddesi bu ikinci kategori ezoterik düzenlemelerin tipik örneklerinden biridir.

2. Üstün Hukuk» ve Milli-Üstü Anayasa Yargısı Kurulurken.

Anayasa hukuku ve milletlerarası hukuk genel problematiği içinde «Avrupa normu»nun ayrı bir yeri vardır. Avrupa'nın bütünleşmesinde açılan şantiyeler arasında, bölgesel bir milletlerarası hukuk işleminde çok, oluşmakta olan Avrupa liberal Anayasa hukuku «Şart»ı sayılan İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Topluluk Hukuku ve uygulamaları, devletlerarası klasik andlaşmalar sistemi içinde yer alanlardan çok farklı Anayasal problemleri gündeme getirmiştir.

Topluluk Mahkemesi, **Costa kararı** ile klasik «milletlerarası üstünlük» anlayışına «iç-üstünlük» anlayışını eklerken, Avrupa Konvansiyonu'nun hukuki gücü, taraf devletlerde geniş bir spektrum meydana getiren farklı formüllere bağlanmıştır. Bazı sistemlerde (İspanya, Portekiz) Konvansiyon Anayasa-üstü değerde görülürken, diğer bazı sistemlerde (Birleşik Krallık, İskandinav ülkeleri) iç hukuk kaynağı sayılmamaktadır. Ara formüller Konvansiyon'a Anayasal (Avusturya), yasa üstü (Fransa) ya da yasa değeri (İtalya ve ilk bakışta Türkiye) tanımaktadır ama, uygulamada, İskandinav ülkelerinde geleneksel «düalist» ya da ikili hukuk sisteminin muhafazası, Konvansiyon kurallarının iç hukuklarına nüfuzunu engelleyememiştir. Mahkemeler dava konusu yapılan işlemlerin Anayasaya uygunluğunun yanı sıra, Konvansiyon prensiplerinin de uygunluğunu denetlemektedir. Bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biri, Norveç Yüksek Mahkemesi'nin bir katolik rahibin azli ile ilgili davada verdiği 1983 tarihli karardır.

(6) Bu çözümün pratik önemi için bk. 21.4.1988 t. ve 3441 s. Kanunla onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulu'nun 88/130:23 sayılı kararı ile onaylanan «İşkenceye ve diğer zalimane, gayrıinsani veya küçültücü muamele veya cezaya karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi», 10.8.1988 t. ve 19895 s. R.G.

Mahkemelerin Konvansiyon prensiplerini «Anayasal değerde yazısız prensipler» saymaları da mümkündür. Bu durumda konvansiyon prensipleri doğrudan «Anayasallık Bloku» içinde yer alabilecektir (7).

Avrupa Topluluk Mahkemesi'nin 15 Temmuz 1964 tarihli «Costa c. Enel» kararı ile ana hatları çizilen «Topluluk hukukunun üstünlüğü» doktrini (8); temel hakların, aynı Mahkeme'nin kendini korumakla yükümlü saydığı «Hukukun genel prensipleri»nin ayrılmaz bir parçası olduğu tezinin ilk unsurlarını getiren 1970 tarihli «Internationale Handelsgesellschaft» ve 1974 tarihli «Nold c. Commission» kararları ile yazılı olmayan bir Topluluk Anayasa hukukunun gelişmekte olması ve İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'nun Avrupa Mahkemesi'nce uygulanması (9), kurulmakta olan «Üstün Hukuk»un (Higher Law) milletlerarası kaynakları ve bu kuralların yaptırımını meydana getiren «Milli-Üstü», Anayasa yargısının göstergeleri olarak değerlendirilmiştir.

2.1. «İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu»nun 25 Saati : Actio popularis ve Kanunu mahkum etmek.

2.1.1. Marckx vak'asından Norris vak'asına

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve altısı yürürlüğe giren sekiz protokolün (10) getirdiği Koruma Hukuku, Devletlerarası (11) ve fertlerarası uzlaşmazlıkları çözmeye mekanizması olmanın yanında, kanunların Konvansiyon'a, «Avrupa normu»na, uygunluk denetimi me-

-
- (7) Cf. E. Emlth, «Pays Scandinaves», in Favoreu, Jolowicz, éds., Le contrôle juridictionnel des lois, op.cit., s. 225 vd.; P. Kastari, «Guarantees of fundamental rights and constitutional principle», JÖR., 1964, s. 437 vd.
- (8) Yüksek yargı yerlerinin bu doktrin karşısında tavrı için bk. J. Ferstenbert, «L'application du droit communautaire et la situation constitutionnelle du juge national», Rev. Europ., 1979, s. 342 vd.; J. P. Warner, «The relationship between European Community Law and national laws of the member States», Law Quarterly Review, 1977, s. 350 vd.; Ayrıca bk. Mahkemenin 5 Şubat 1963 tarihli ve 26/62 sayılı «Van Gend en Loos c. Administration fiscale néerlandaise» kararı, Rec., 1963, s. 3 vd.
- (9) Bk. L. Dubouis, «Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes. Objet et portée de la protection», in L. Favoreu, éd. Cours constitutionnelles européennes, op.cit., s. 440.; Ch. Philip, «La Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire», AFDI, 1975, s. 384 vd.
- (10) Konvansiyon ve protokollerin Türkçe metni için bk. T.C. Anayasası, Anayasa Mahkemesi yayınları, Ankara 1987.
- (11) Bk. Konvansiyon m. 24. Bu maddeye göre Komisyona, sekizi Türkiye'ye karşı, onsekiz müracaat yapılmıştır.

kanizması ve özellikle de Avrupa liberal kamu düzeninin inşasında etkili bir cihazdır (12).

Strasbourg Mahkemesi, 13 Haziran 1979 tarihli **Marckx**, 22 Ekim 1981 tarihli **Dudgeon**, 27 Şubat 1980 tarihli **Deweer**, 2 Mart 1987 tarihli **Mohin ve Clerfaut** vak'alarında, hakların ihialine yol açabilecek kanunların, **ferdi uygulama işleminin yokluğunda** bile —«en l'absence d'acte individual d'exécution»— Avrupa normuna uygunluğunu denetlemiştir. **Marckx** vak'asında, Belçika Hükümeti'nin Mahkeme'nin hukuk kurallarının soyut denetimini yapamayacağı iddiasını, Konvansiyon'un 25. maddesine dayanarak reddeden Yargı yeri, kanunların «Avrupa Normu»na uygunluk denetimini yapmış (13), **Rigaux**'nun ifadesi ile «mahkum edilen kanun» olmuştur (14).

Belçika'da bekâr anneler ve evlilik dışı doğan çocukların statüsü ile ilgili «**Marckx Vak'ası**»nda (15), Belçika Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin Konvansiyonun 14. maddesi ile getirilen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği iddia edilmiş, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, fertlerin, ferdi uygulama işleminin yokluğunda bile, mağduriyetlerine yol açabilecek bir kanunun haklarını ihlal ettiğini 25. maddeye göre iddia edebileceklerini kabul etmiştir. Kısaca, Kanunun Konvansiyona uygunluk denetimi yapılmış, kanun devresi üzerinde zorlamalara Avrupa Normu'da eklenmiştir.

26 Ekim 1988'de karara bağlanan «**Norris Vak'ası**»nda da Mahkeme, içtihadını muhafaza etmiştir.

İrlanda vatandaşı, Dublin Trinity College'de öğretim üyesi, İrlanda Paramentosu senatörü ve «**Irish Gay Rights Movement**»ın kurucusu ve başkanı **David Norris**'in tahrik ettiği davada, Mahkeme'nin verdiği karara ekli karşı-oy'da, «mağdur» kavramının geniş yorumu-

-
- (12) Cf. **P. Waquet**, «Perspectives ouvertes par la Convention», In Convention européenne des droits de l'homme et droit communautaire. Actes du Colloque du 18 Juin 1987, Documentation Française, Paris 1988, s. 65 vd.
- (13) Bk. **R. Pelloux**, «Les arrêts rendus par la Cour Européenne des droits de l'homme en 1979», AFDI., 1980, s. 317 vd.; **V. Berger**, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1984, s. 103 vd.
- (14) **F. Rigaux**, «La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 Juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme», J.T., 1979, s. 513 vd.; «Yarı-soyut norm denetimi» örnekleri için ayrıca bk. **J.A. Forewein**, **M.E. Villiger**, «Avrupa İnsan Hakları Komisyonu raporu», op.cit., s. 212 vd.
- (15) Bk. **V. Berger**, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1984, s. 103 vd.; **R. Pelloux**, «Les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme en 1979», AFDI., 1980, s. 317 vd.

nun Konvansiyonun kurmuş olduğu sistemi değiştirme istidadı taşıdığı ileri sürülmüş ve «**actio popularis**»ın uzakta olmadığı iddia edilmiştir.

Aralarında Gölcüklü'nün de yer aldığı karara muhalif altı yargıcın söylemek istedikleri, 25. maddedeki «**mağdur**» kavramının geniş yorumu ile, Avrupa Sözleşmesi ile getirilen koruma hukukunun «**Anayasa şikâyeti**» (Verfassungsbeschwerde) «Alman tekniğinin milli-üstü benzeri haline sokulmuş olmasıdır» (16).

2.1.2. «Usul»ün Hukukundan «Hukuk»un Hukukuna.

Konvansiyon ve getirdiğı koruma hukuku Avrupa hür demokrasi-leri ortak kamu düzeninin kurulmasında etkili bir cihazdır. Mahkeme ve Komisyon, özel hayatın korunmasına, haberleşme ve ifade hürriyetine, toplanma hürriyetine... getirilen kayıtlamaların «demokratik bir toplumda zorunluluğunu» (nécessité dans une société démocratique) denetlemektedir.

Birleşik Krallık'ta, tutukluların haberleşme hürriyeti ile ilgili «**Silver ve diğeri**», **Sunday Times** davalarında, Komisyon ve Mahkeme haberleşme ve ifade hürriyetlerine bağılı kamu düzenine üstün bir sosyal yararın varlığını kabul etmemiş, bu hürriyetlere getirilen kayıtlamaları demokratik bir toplumda zorunlu saymamıştır.

Kısaca Komisyon ve Mahkeme, temel haklarla ilgili **ortak normları** tanımlarken, Avrupa liberal kamu hukukunu kurmaktadır ve kurulmakta olan Avrupa **kamu düzeni** üye **Devletler pozitif hukukunun bir parçasıdır**.

İnsan hakları Avrupa Mahkemesi'nin bugüne kadar baktığı 130 davanın büyük bir bölümü, davada taraf olanın ve sanığın hakları ile —prosedüral ya da usuli haklarla (17)— ilgili ise de, Federal Almanya'da kamu görevlilerinin Anayasaya sadakat borcunun ifade hürriyeti ile ne ölçüde bağdaştığı (18), seçme ve seçilme hakkı ve temsili niteliğı olan meclislere üye tayini gibi (19), hukukun başka alanların-

(16) İsveç'le ilgili yeni bir vak'a için bk. **E. Smith**, «Pays scandinaves», in **L. Favoreu, J.-A. Joffowicz**, éds., Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents, Economica, Paris 1986., s. 258 vd.

(17) **Prosedüral haklar**, **Yargıç Douglas**'ın «**Wisconsin v. Constantineau**» davasında not ettiği gibi, Hukuk Devletinin teminatıdır: «It is significant that most of the provisions of the Bill of Rights are procedural, for it is procedure that marks much of the difference between rule by law and rule by fiat», 400 US. 433, 436, 1971.

(18) Bk. 28 Ağustos 1986 t. karar.

(19) Cf. 2 Mart 1987 t. **Mathieu-Mohin ve Clerfaut** kararı.

da da karar verilmiştir. Başka bir ifade ile Konvansiyon, bir milli-üstü ceza ve medeni usul kodu ya da «usul'ün hukuku» olmanın ötesinde «Hukuk'un hukuku»dur.

2.2. Topluluk Jürisprüdansiyel Hukuku ve Costa'nın yeniliğinden Gölgesinde Yaşanan Karar «Simmenthal»e.

Topluluk sistemi basamaklaştırmacı bir teknikle Devlet Yetkilerini parçalayıp, Topluluk ve üye devletler arasında yeniden dağıtmaktadır. Topluluğun kurulmasında yetki devirleri (20) **kural koyma**, yönetme fonksiyonları yanında yargılama fonksiyonunu da içine alır.

Luxembourg Mahkemesi'ne göre, Topluluk ve milli hukuk düzenleri birleşmekte ve simbiotik (ortak yaşar) münasebetler sürdürmektedir.

Topluluk Mahkemesi bugün, jürisprüdansının şekillendiği dönemlerde ifadesini bulan prensiplerden gerekli sonuçları çıkarmaktadır. **Van Gend en Loos** (Aff. 26/62); **Costa c. Enel** (Aff. 6/64); **Commission .c Italie** (Aff 48/71) ve **A.E.T.R.** (Aff. 22/70) Mahkeme'nin ilk kuşak kararlarıdır.

Bugün, gölgesinde yaşanan, «**Yargıçlar Savaşı**»nı başlattığı ve Kıt'a Avrupası'nda «**Marbury Doktrini**»nin doğuşuna yol açtığı söylenen, ikinci kuşak kararlarından 9 Mart 1978 tarihli **Simmenthal kararı** ile Mahkeme, yargıçlara Topluluk Hukukuna aykırı düzenlemeleri **ihmal ederek**, Topluluk işlemini doğrudan uygulama yetkisi tanımaktadır (21). Bunun içindir ki normatif devreler karşılaştırmak analizinde Simmenthal kararının kritik önemi vardır.

2.2.1. «**Costa c. Enel**», Milletlerarası üstünlük prensibine eklenen iç üstünlük ya da Topluluk Hukukunun hiyerarşik değeri.

Milletlerarası mahkemeler, milletlerarası hukuk kurallarının milli hukuk kuralarına önceliği «**Primauté**» ya da üstünlüğünü kabul etmiş

[20] Bu konuda kurucu Devlet Anayasa formülleri için bk. Bonn Temel Yasası, m. 24/1; İtalyan Anayasası, m. 11; Fransız Anayasası, m. 54, 55; 10 Eylül 1956'da değiştirilen Hollanda Anayasası, m. 67; 25 Ocak 1956 da değiştirilen Lüksemburg Anayasası, m. 49 ve Değişik Belçika Anayasası. m. 25.

[21] 106/77: Rec. 1978, s. 629; Cf. **D. Carreau**, «Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté? La contribution de l'arrêt simmenthal», Rev. trim. dr. europ. 1978, s. 381 vd.

ve uygulamışlardır (22). Bu üstünlük milletlerarası hukuk kaynaklarının bütünü için geçerlidir (23). Bu durumda topluluk hukukunun milli hukuka üstünlüğü doktrinini kuran ve Topluluk hukuk düzeninin orta direği sayılan «Costa c. Enel» kararının yeniliği nasıl değerlendirilebilir?

«Costa c. Enel» kararında Mahkeme, sadece Topluluk hukukunun üstünlüğünü beyanla yetinmemekte, **milli planda** da iç kaynaklı herhangi bir metnin bu hukuka karşı ileri sürülemeyeceğini tesbit etmektedir : «*issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait.. sevoir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit*» (24).

Mahkeme, önüne getirilen davada normlar çatışmasını çözmek yerine milli mahkemelere Topluluk hukukunun üstünlüğünü tanıma borcu getirmiş, öncelik prensibinin alanını genişletmiştir : Costa kararı, klasik **milletlerarası üstünlük** «*primauté internationale*» prensibine iç uygulamada üstünlük ya da **iç üstünlük** «*primauté interne*» prensibini eklemiştir (25). Costa'nın yeniliği, milli hukuk içinde Topluluk hukukunun hiyerarşik değerini tesbit etmiş olmasındadır.

2.2.2. **Simmenthal**'in gölgesinde Anayasa Mahkemeleri : İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin Granital kararından Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 22 Ekim 1986 tarihli kararına.

Topluluk üyeliğinin anayasal temelleri, milli hukuk sistemi içinde Topluluk Hukuku'nun statüsü, Topluluk Hukuku ve milli hukuk düzenleri arasında münasebetler konularında verilen kararlar içinde, İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 8 Haziran 1984 tarihli **Granital kararı**, **Simmenthal**'in gölgesinde verilen kararlardan biridir.

«Eski bir tema üzerine yeni bir müzik» sayılabilecek **Granital kararı** öncesinde, İtalyan Anayasa Mahkemesi, İtalya'nın Topluluğu

(22) Cf. Milletlerarası daimi Adalet Divanının 4 Şubat 1932 tarihli görüşü. «*Traitement des nationaux polonais à Dantzig*», Série A/B, n. 44, s. 24. Bu konuda milletlerarası jüriprudans örnekleri için bk. L. Cavaré, *Le droit international public positif*, Pédone, Paris 1967, t. 1., s. 178 vd.

(23) Konvansiyonel kurallar için bu prensip, 1969 Viyana Andlaşması'nın 27 ve 46. maddeleri ile kodlaştırılmıştır. Bk. H. Pazarıcı, *Uluslararası hukuk dersleri*, I., Ankara 1985, s. 91 vd.

(24) Aff. 6/64, Rec., 1964, s. 1149.

(25) Cf. Bruno de Witte, «*Retour à 'Costa'*. La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international», Rev. Europ., 1984, s. 425 vd.; J.V. Louls, *L'Ordre juridique communautaire*, Luxembourg. 1983, 2. éd., s. 98 vd.

kuran Andlaşma'nın yürürlük yasası'nın kabulü ile gerçekleşen üyeliğin temeli olarak Anayasa'nın 11. maddesini kabul etmiş, 22 Aralık 1973 tarihli **Frontini ve Pozzani** kararında (26) Topluluk kurumlarının normatif yetkisini tanıırken, egemenlik sınırlamalarını da sistemin mantığı ile açıklamıştır. Mahkeme'ye göre, üye Devletler, **yasama fonksiyonu icra yetkilerinin** bir bölümünü Topluluğa devretmektedir. Topluluk sistemi, yasama, yürütme ve yargılama fonksiyonlarının icrasına bağlı olarak **Devlet İktidarlarına** sınırlamalar getirmiştir (27).

8 Haziran 1984 tarihli **Granital** kararında Mahkeme, Topluluk kararnamelemelerine sürekli doğrudan etki tanıırken, İtalyan hukukuna aykırı düzenlemelerin varlığı durumunda bile, Topluluk kararnamelemelerinin İtalyan yargıcı tarafından uygulanacağını hükme bağlamıştır (28).

Simmenthal'in gölgesinde verilen kararların bir başka örneği Alman Anayasa Mahkemesi'nin 22 Ekim 1986 tarihli kararıdır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1974 yılında verdiği karardan dönerek verdiği bu kararlar, Topluluk kurumları ve özellikle de Mahkeme jürisprüdansı, Topluluğa tanınan yetkilere karşı temel hakların etkili korumasını teminat altına aldığı sürece, **derive hukuku** Anayasanın tanıdığı hak ve hürriyetler çerçevesinde denetlemeyeceğini hükme bağlamıştır.

(26) 183/73. Karar için bk. Rev. Europ., 1974, s. 363 vd.; **S. Neri**, «Rapports entre le droit communautaire et le droit interne selon la cour constitutionnelle», Rev. trfm. dr. europ., 1974, s. 148 vd.

(27) Devlet İktidarına sınırlama, ya da kayıtlamalar üye Devlet Anayasalarında öngörülmüştür. Bu arada Bonn Temel Yasası m. 24/1 düzenlemesine göre, Federasyon yasama yolu ile egemenlik haklarını milletlerarası kurumlara devredebilir.

(28) Ancak bu kararlar **Kirchberg Platosu** ile **Plazza della Consulta** arasındaki hendek dolmaya başlamış sayılmaz. Mahkeme, Topluluk hukuku ve milli hukuku iki ayrı düzen sayarken, türetilmiş Topluluk hukukunun (droit dérivé), anayasallığını çözüme nihai yetkisini muhafaza etmekte, Topluluk hukukunun, İtalyan Anayasası'nın temel prensiplerini ihlali halinde, **Yürürlük yasasının** Anayasaya uygunluk denetimini mümkün görmektedir. Anayasa Mahkemesi bu yetkiyi, Andlaşma'nın 189. maddesinin «kurala aykırı yorumu» durumunda kullanabilecektir. 27 Aralık 1965 tarihli **San Michele** kararında mevcut olan bu anlayış, **Frontini ve Pozzani**'de geliştirilmiş, **Granital**'de muhafaza edilmiştir. 189. maddede, Konsey ve Komisyon'un, görevlerini yerine getirmek üzere ve Andlaşma'da öngörülen koşullar altında, kural koyma yetkilerini düzenlerken, **derive hukukun** sınırlarını çizmektedir. Not etmek gerekir ki, 189. maddenin «kurala aykırı yorumu», Konsey ve Komisyon yanında Mahkeme'ce de yapılabilir. 170/84, **Granital** kararı için bk. **V.A. Barau**, «Cour Constitutionnelle Italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal», Rev. trfm. dr. europ., 1985, s. 319 vd.

2.2.3. Yalnız Topluluk Anayasa Hukuku ve genişletilmiş hak ve hürriyetler kataloğu.

Topluluk Mahkemesi, temel hakların uygulanmasını sağladığı «Hukukun genel prensipleri»nin ayrılmaz bir parçası olduğunu da hükme bağlamıştır (29). Bu anlamda Mahkeme, «**Yazılı olmayan Topluluk Anayasa Hukuku**»nun varlığını kabul ederken, sadece Topluluk kurumlarını değil ama, üstünlük doktrininin sonucu, üye devlet kurumlarını ve fertleri bağlayan, genişletilmiş bir temel haklar kataloğu kurma teknik imkânına sahip olmaktadır. Temel haklar kataloğu sadece ekonomik ve sosyal haklarla da sınırlı değildir. Mahkeme 29 Ekim 1980 tarihli «**Maizéna, Parlement Européen c. Conseil, 139/79**» kararında, halkların temsili meclis aracılığı ile iktidarın kullanılmasına katılma temel demokratik prensibini, siyasi hakkı korumuştur.

Mahkeme, temel haklar kavramının (droits fondamentaux) muhtevasını belirlemek için üye devlet anayasalarında ve insan haklarının korunması ile ilgili milletlerarası belgelerde, özellikle de Avrupa Konvansiyonu'nda teminat altına alınan haklara başvurmakta hak ve hürriyetlere getirilen kayıtların uygunluğunu denetlerken de, «öz»ün korunması, «**demokratik bir toplumda zorunluluk**» ve «**ölçülülük**» prensiplerini kullanmaktadır (30). Kısaca, Topluluk Mahkemesi jürisprüdansı, «**Avrupa Normu**»nun kaynaklarından biri haline gelmiştir. Bu gelişmeler Anayasa Mahkemelerinin «otonomist» doktrininin farklı uygulamaları olan kararlarından, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin «Internationale Handelsgesellschaft», Corte Costituzionale'nin Frontini kararlarından (31) geri dönmeleri ile sonuçlanmıştır.

(29) Bk. **P. Reuter**, «Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit», in *Mélanges H. Rolin, Pedone*, Paris 1964, s. 263 vd.; **V.G. Cohen-Jonathan**, «Les droits de l'homme dans les communautés européennes», in *Mélanges Eisenmann, LGDJ*, Paris 1975, s. 399 vd.; **L. Neville Brown, François G. Jacobs**, *The Court of justice of the european communities*, Maxwell, London, 1983, s. 260 vd.; **J. Rideau**, «Le rôle de la Cour de Justice des communautés européennes. Techniques de protection», in **L. Favoreu**, éd., *Cours constitutionnelles européennes. Economica*, Paris 1982, s. 411 vd.

(30) Cf. **P. Pescatore**, «Les droits de l'homme et l'intégration européenne», *Cah. dr. Europ.*, 1968, s. 629 vd.; **İ.D.**, «La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire», 7. Congrès FIDE, Bruxelles 1975, Rapport s. 1 vd.

(31) Cf. *Cah. dr. Europ.*, 1975, s. 148, note **G.C. Jonathan; M. Fromont**, «Note sur l'arrêt de la Cour Constitutionnelle Fédérale du 29 Mai 1974», *Rev. Europ.*, 1975, s. 33 vd.

II. PROBLEM İKİ. NORMATİF DEVRELER ÜZERİNDE POLİTİK ZORLAMALAR VE ANAYASA YARGISI.

Liberal - demokratik sistemlerde temsil, kurucu unsurlar kullanılarak yapılacak bir tanım denemesine göre, **kanunların** tekrarlanan seçimler aracılığı ile, halk önünde sorumlu ve halk ya da milleti temsil eden temsilciler tarafından yapılmasıdır; kamu politikasının bütününe içine alan, geniş anlamında, «**Politik**», yasaların oluşma sürecidir. Bu tespit çerçevesinde, diğer yasaları kimin yapacağını, hiç olmazsa kısmen, belirledikleri ölçüde seçim yasa ve tekniklerinin özel bir önemi vardır.

Yasaların oluşma sürecinde parlamento-içi **siyasî zorlamalar**, «**Muhalefet**»in «parlamenteoya ulaşma hakkı» ve **parti-iç plüralizmi** ile ilgilidir. Bugün liberal-demokrasilerde «yönetilebilirlik» arayışları, anayasa projelerini (32), seçim teknolojilerini, mahkeme kararlarını etkilemekte bu durumda plüralizmin korunması kritik önem kazanmaktadır.

Normatif devreler üzerinde parlamento dışı politik zorlamaların kullanılabilmesi ise hak ve hürriyetler rejimi ile yakından ilgilidir. «**Hak ve hürriyetlerin demokratik-fonksiyonel teorisi**» ve «**yazısız hürriyetler teorisi**»nin varlık nedenlerinden biri de budur.

1. Normatif devrelerde parlamento-içi politik zorlamalar problemi. Seçim teknolojisi, parti-iç plüralizmi ve Anayasa Yargısı.

1.1. Seçim teknolojisi ve yönetilebilir demokrasi.

1.1.1. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Bavyera Partisi Vak'ası: «**Weimar Hayaleti**»nden «**Yönetilebilir demokrasi**» tezine hatırlanan tarih.

14 yıllık **Weimar** döneminde 21 farklı hükümet kurulmuş ve bu 14 yılın 10 yılında yönetimler gerçek bir «**leadership**» gerçekleştiremeyen azınlık rejimleri olmuştur. Aynı süre içinde kriz dönemlerinde Devlet Başkanına olağanüstü yetki tanıyan Anayasa m. 48 mekanizması 250 kere uygulamaya sokulmuştur.

(32) «Yönetilebilir demokrasi»yl anayasal düzenlemeler ya da seçim yasaları ile kurma formülleri Fransa'da da 1958'li yıllarda gündeme gelmiş. **M. Debré** bu problemin altını, 1958 Fransız Anayasa projesi konusunda **Conseil d'Etat**'da yaptığı konuşmada çizmiştir: «Fransa'da Hükümet istikrarı, seçim yasasının sonucu olamayacağına göre, anayasal düzenlemelerle sağlanmalıdır. Anayasa projesinin varlık nedeni ve tarihi yerindedir.»

Alman Federal Anayasa Mahkemesi Bavyera Partisi vak'asında (33) 1956 tarihli seçim kanunu ile getirilen engelli seçim düzeninin Anayasaya uygunluk denetimini yaparken, «Weimar Hayaleti»nin etkisinde «Yönetilebilir demokrasi» tezini benimsemiş (34) ancak ölçülülük prensibini de korumuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, eşit seçim prensibi, genel eşitlik prensibinin (m. 3/1) bir uygulaması ve aynı zamanda yazılı olmayan bir Anayasa prensibidir. Ancak, Bonn Temel Yasası'nın kurmuş olduğu rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmaları, özellikle 67. maddede düzenlenen «kurucu güvensizlik oyu», çok sayıda siyasi partinin parlamentoda temsilinin doğuracağı siyasi tehlikeleri gideremez. Mahkeme davada, seçim yasaları ile getirilen engelin ancak yönetim mekanizmasındaki tıkanmaları önleme amacı gütmeyeceği ya da bu amacı gerçekleştirmede ölçülülük prensibine bağlı kalmadığı (35) takdirde Anayasaya aykırı bulunması gerektiği sonucuna varmıştır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, 1956 tarihli seçim kanununun % 5'lik engel kaydı, seçimlerin bütünleştirme fonksiyonunu teminata almakta ve düzenleme yasasının takdir alanı içinde kalmaktadır.

Kısaca, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, «Yönetilebilir demokrasi» modelinin gerçekleşmesinde siyasi karar yapı ve mekanizmalarında rasyonelleştirici formüllerin yeterli olmadığı, seçim sisteminin de bu mantık içinde düzenlenmesi gerektiği tezini benimsemiştir. Bu anlayışta seçimlerin bütünleştirici özelliği yönetilebilirliğin, ölçülülük prensibi ise demokrasinin korunmasında önemli görülmüştür.

1.1.2. Türk Anayasa Mahkemesi ve Seçim Teknolojisi: Etkin yargılamadan kayıtlı yargılamaya, «Yönetilebilir demokrasi tezi»ni benimsemek ya da «Parlamentoya ulaşma hakkı»nı kayıtlamak.

Türk Anayasa Mahkemesi, engelli seçim düzenleri ile ilgili kararlarından ilkinde, II. Cumhuriyet'de, «milli bakiye» usulünü kaldırarak

(33) 6 BVerfGE 84 (1957) Bk. Murphy, Tanenhaus Comparative Constitutional law, op.cit., s. 578 vd.

(34) Cf. W. Lelsner, «La conception du 'Politique' selon la jurisprudence de la Cour Constitutionnelle Allemande», RDP., 1961, s. 769 vd.

(35) Alman hukuk sisteminde ölçülülük, Anayasa'ya bağlanan Hukuk genel prensibidir.

oranlı temsil sisteminin bir başka tipini, **engelli d'Hondt** metodunu getiren 1036 sayılı Kanunun engeli ve bunun uygulama şeklini düzenleyen 32. maddesinin 4. ve 5. fıkralarını Anayasaya aykırı bulurken, 16 yıl sonra ikinci kararında, onda birlik baraj uygulamalı oranlı temsil sistemi getiren 2972 sayılı «Mahalli idareler ile mahalle muhtarlıkları ve ihtiyar heyetleri seçimi hakkında Kanun»unda Anayasaya aykırılık görmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1968 tarihli ilk kararında, Kanun koyucunun «seçim düzenlerinden birini kanunlaştırmada takdir serbestliğine sahip bulunduğunu» kabul ederken, «takdir serbestliğini sınırsız düşünmenin mümkün olmadığı»nı, sınırların Demokratik Devlet İlkesi, seçme ve seçilme hakkının özü ile çok partili siyasî hayat ve siyasî partilerin serbestçe faaliyette bulunması ilkeleri ile getirildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme kararında, «seçim kazandırmamak suretiyle partilerin gelişmelerinin önlenmesi ve çoğalmamalarının sağlanması için seçim kanununa hüküm konması»nı **Anayasanın plüralist felsefesine** aykırı bulmuştur (36). Mahkeme seçim engelini iptal eden kararında, «belli bir seçim düzenini **teklif** veya **telkin** etmek veya **koymak** durumunda olmadığını» da açıkça ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, «**dolaylı yasama**» sayılmış ve 1982 Anayasa metninin Komisyonunda görüşülmesi sırasında «Anayasa Mahkemesi aleyhine ortaya çıkan akımın menşesinde yer aldığı» ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi III. Cumhuriyet'de, 1984 tarihli ikinci kararında (37) ise, 2972 sayılı Kanunu (38) Anayasaya uygun bulurken kanun koyucunun siyasî tercihlerine müdahaleden kaçınarak, Anayasaya uygunluk denetiminin «daha çok teknik yönden yapılması» gerektiğini belirtmiş, siyasî tercih konusu olan seçim sistemlerinin **eşitlik ilkesi** yönünden yargılanmasını doğru bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 1984/2 karar sayılı Kararında, «**judicial self-restraint**» uygulamalarının tipik bir örneğini verirken (39), Anayasa ve

(36) AYM. 1968/13 karar sayılı Kararı. AYMKD., S. 6, s. 125 vd.

(37) AYM 1984/2 karar sayılı Kararı, 1 Mayıs 1984 tarih ve 18388 sayılı R.G.

(38) 5.1.1984'de onaylanan 2971 sayılı Mahalli Seçimler Kanunu, Anayasa m. 89 uyarınca bir daha görüşülmek üzere Meclis'e geri gönderilmiş, yeniden kabul edilerek 18.1.1984 gün ve 2972 sayılı Kanun olarak yürürlüğe girmiştir.

(39) Bu örnek çok daha genel bir problemin altını çizme imkânı vermektedir. 1982 Anayasası ilk üç yıllık uygulama döneminde Anayasa Mahkemesi kararlarının % 85'i red, sadece % 15'i iptalle sonuçlanmıştır. Mahkeme'de 1962-82 döneminde açılan davalarında iptal oranı ise % 52'dir.

yasa koyucunun «**Yönetilebilir demokrasi tezi**»ni tartışma konusu yapmamıştır. Anayasa Mahkemesi kararında belli bir ölçülülük ilkesi de getirerek, «Yasama organının... halkın serbest irade izharı yollarını tıkayacak veya siyasi hayatın cereyanını bir tek partinin tekeline bırakacak ve çok partili rejimi yok edecek düzenlemelerde bulunmadıkça belli seçim usullerinden herhangi biri üzerinde karar vermesi»nin mümkün olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin 1984 tarihli kararı, Anayasa ile getirilmek istenen «**Yorum ahlakı**»na bağlı kalırken, Mahkeme'nin «dolaylı yasama» suçlaması karşısında hassasiyetini de göstermektedir. Ayrıca eklemek gerekir ki, küçük partilerin parlamentoda temsilini engelleyen % 10 kuralı ile düzeltilmiş oranlı sistemi getiren 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'na karşı, Anayasa'nın geçici 15. maddesi ile Anayasa yargısı yolunun kapatılmış olması ve özellikle de siyasi istikrarsızlığın tipik örneklerinden biri sayılan «**II. Cumhuriyet hıyali**» Anayasa Mahkemesi kararında etkili olmuş, bu etkiler, Mahkeme'nin seçim teknolojisi ile ilgili sonraki kararlarında da görülmüştür.

1.2. Parti - iç plüralizmi ve «ön-seçim» mekanizması. Michels'in «oligarşinin tunç yasası»ndan Anayasa Mahkemesi'nin 1987/27 karar sayılı Kararına.

Siyasi parti incelemeleri önce. «**Cihaz**», parti-içi iktidar incelemeleri olmuş, **M. Ostrogorski** 1903'de yayınlanan «Demokrasi ve Siyasi Partilerin Organizasyonu»nda ve I. Dünya Savaşı eşiğinde **R. Michels**, «Siyasi Partiler. Demokrasilerin Oligarşik Eğilimleri Üzerine Deneme»de (40), siyasi partilerde özellikle «**Cihaz**»ı görmüşler, **M. Duverger**'nin 1950 yılında yayınladığı «Siyasi Partiler» kitabı da bu gelecek içinde kalmıştır (41).

Ostrogorski, İngiliz ve Amerikan politikalarında «**caucus**»un doğuşunu (42), **Michels**, kitle örgütlerinde bürokratikleşmeyi incelemiş, «oligarşinin tunç yasası» parti analizlerine girmiştir.

Parti-Cihaz'a Hukukla müdahale, saf bir «**Politicum**» olarak görülgelelenin Hukukleşmesinde ileri bir merhale olmuş, partinin demokratikleştirilmesi siyasi plüralizmin korunmasında önemli görülmüştür.

(40) **R. Michels**, Les partis politiques, Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties, Flammarion, Paris (1914), 1971.

(41) Cf. **J. Charlot**, «Nouvelles études de partis», RFSP., 1970, s. 818 vd.

(42) Bk. **M. Ostrogorski**, La démocratie et les partis politiques. (Extraits présentés par **P. Rosanvallon**), Seuil, Paris 1979.

Türk Anayasal sisteminde, II. Cumhuriyet'de, Hükümetçe hazırlanan 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu tasarısında, parti içi demokrasi sağlanmasında, «adaylık meselesinin tanzimi» gerekli görülmüş ve Kanunun 29. maddesi ile getirilen «ön-seçim», «aday listeleri tanzimini oligarşik heyetlere bırakmak yerine», parti seçmen kütüğüne kayıtlı parti üyelerinin katılmasına açmıştır (43). Millet Meclisi'ndeki görüşmeler sırasında ise aday tesbiti işleminin parti-iç meselesi sayılması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Böylece «Politicum» alanı ve bu alanın Hukukileştirilmesi ya da Hukuk-ötesi bırakılması konusunda teoride görülen iki tez, yeni ve klasik tezler, Hükümet tasarısı ve Meclis görüşmelerinde ifadesini bulmuştur.

648 sayılı Kanunun 29. maddesi ile getirilen ön-seçim kurumunun, Anayasa madde 55/2 düzenlemesindeki tek dereceli genel oy prensibine aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi, parti içi oligarşik eğilimlerin aday tesbitinde etkisizleştirilmesini, «millî iradenin her türlü etkiden uzak, hür ve serbest bir şekilde belli edilmesi» için gerekli görmüş ve yeni sistemi parti organları (Merkez yoklaması) veya Yoklama kurulları sistemi karşısında demokratik bulmuştur (44).

Saf bir «Politicum» olarak görülegelenin hukuk-ötesi bırakılması ve Hukukileştirilmesi tezleri III. Cumhuriyet'de yeniden gündeme gelmiş, pozitif hukuk ve Anayasa Mahkemesi kararlarını şekillendirmiştir.

Politicum'un Hukukileştirilmesi tezi, 12 Eylül Yönetimi'nin resmî tezi olmuş ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 37. maddesi ile, kayıtlı parti üyelerine açık, mecburi ön-seçim formülü getirilmiştir. Bu formül, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Raporu'na göre, **merkez hakimiyeti ve oligarşik yapılaşmayı önleme formülüdür.**

İktidar Partisinin «ön-seçim» kurumu karşısında tavrı iki farklı şekil almış, önce aday tesbitinde parti politikası formülü daha sonra da aday tesbitinde ön-seçimin yasaklanması formülü pozitifleştirilmiş, her iki düzenleme de Anamuhalefet Partisinin iptal davalarına konu olmuştur.

(43) 648 s. Kanun «açık-önseçim» uygulama kanunu yürürlüğe girinceye kadar, geçici bir düzenleme ve farklı bir usul de getirmiş ve adayların parti tüzük/yönetmeliklerine göre tesbit edilecek üyelerin (Parti yoklama kurulları) katılacağı bir ön-seçimle tesbitini öngörmüştür. Cf. O. Araslı, Adaylık kavramı ve Türkiye'de milletvekiliği adaylığı, Ankara 1972; H.S. Türk, «Türk seçim sisteminde oy hakkı», AÜHF.D., 1969, s. 79 vd.; «Önseçim», Ekonomik ve sosyal etüdler Konferans Heyeti, İstanbul, 1969.

(44) AYM., 1967/12 karar sayılı Karar.

İlk safhada, SPK. 37. madde düzenlemesi, 28.3.1986 t. ve 3270 s. Kanunun 9. maddesi ile değiştirilerek, 37. madde kuralı «esnek hale getirilmiş», zorunlu ön-seçim formülü terk edilerek aday tesbiti usulü partiler tercihine bırakılmıştır. Anayasa Mahkemesi, 1987/11 karar sayılı Kararında, «aday tesbiti parti-içi konu» görüşüne yaklaşmış ve 9. madde düzenlemesini ön-seçimi «tümüyle dışlamadığı» gerekçesi ile Anayasaya aykırı bulmamıştır.

İkinci safhada, aday tesbitinde parti politikası formülünden, 3403 s. Kanunun 8. maddesi ile ön-seçim yasağı formülüne geçilmiş, Anayasa Mahkemesi 1987/27 karar sayılı Kararında, partiler iç-düzenine, demokrasi ilkelerine aykırı biçimde müdahale gerekçesi ile 8. madde düzenlemesini Anayasaya aykırı bulmuştur.

Son bir analizde, **Ostrogorski ve Michels'in** çalışmaları ile gündeme gelen **parti-içi oligarşi vak'ası** karşısında, Parti Cihazını hukukla demokratikleştirme politikası, politikanın yumuşatılması, ya da tasfiyesi tercihleri karşısında Anayasa Mahkemesi, parti iç düzenine demokrasi ilkelerine aykırı müdahaleleri Anayasaya aykırı bularak, II. Cumhuriyet'de kurulan pozitif içtihadından geri dönmüştür.

Not edilmesi gereken, seçim teknolojisini sadece «Yönetilebilir demokrasi» tezi çerçevesinde düşünme ve parti-iç plüralizmi kayıtlamanın parlamentoları, «**A manos levantadas, rapidez asombroza**» (eller havada, akıl almaz sür'atle) çalışan mekanizmalar haline sokma istidadı taşımasıdır. Bu durumda normatif devreler üzerinde politik zorlamalar da asgariye inecektir.

2. Normatif devrelerde parlamento-dışı politik zorlamalar ve hak ve hürriyetler teorisi.

2.1. Hak ve hürriyetler demokratik-fonksiyonel teorisi.

Temel haklar, Anayasalarda, «Herkes... kanun önünde eşittir», «Herkes mülkiyet hakkına sahiptir» ya da «mülkiyet hakkı dokunulmazdır» gibi kısa formüllerle ifade edilir ve yargıç tarafından uygulamaları, klasik hukuki yorum sınırlarını aşan problemleri gündeme getirir. Anayasa mahkemeleri hak ve hürriyetlerin uygulanmasında, temel hakların kurumsal teorisi, değerler teorisi, temel hakların demokratik-fonksiyonel teorisi, sosyal devlet teorisi gibi, teoriler geliştirmişlerdir.

Hak ve hürriyetler demokratik-fonksiyonel teorisini kurucu kararlardan biri, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, basımevinde ya-

pılan arama (perquisizione) ile ilgili «Spiegel vak'ası»nda verdiği karardır (45).

Mahkeme bu kararda, demokrasilerde siyasi düşünceler müca-
delesinin şekillenmesinde, siyasi basının rolünü tescl etmiş ve tem-
sili demokrasilerde halkla temsilcileri arasında sürekli bağlantı ve
denetim organı basına, «kamu yararı misyonu» (Offentliche Aufgabe)
tanımıştır. Başka kelimelerle, basının hukuki statüsü, **Demokratik
Devlet**'de yüklendiği fonksiyonun sonucudur. Bu durumda Anayasa'nın
5. maddesi ile tanınan basın hürriyeti, Devlet müdahalesine karşı ko-
runan súbjektif temel hak olmanın yanında, «hür basın» kurumunu da
teminat altına almaktadır.

Plüralist demokrasilerde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti
gibi temel hakların «Milli egemenliğin teminatı» sayılması ve kanun
koyucunun bu hakların kullanımını ancak daha etkin hale getirecek
şekilde düzenleyebilmesi (46), temsili demokrasi anlayış ve pratiğini
yenilemiştir (47). Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin gösterli hür-
riyetini temsili demokrasinin karşı ağırlığı saymasının anlamı da bu-
dur (48).

Bugün hukuk devleti, hukuk dogmatığı koruyucu gölgesinden çı-
kıp, hukuki-siyasi tartışmanın gündemine gelirken (49), öncelik ikti-
dar ve demokratik çoğunluklar hakimiyeti karşısında fert hak ve hür-
riyetlerine tanınmakta, «Hak ve hürriyetler demokratik-fonksiyonel
teorisi», normatif devreler üzerinde parlamento dışı muhalefetin zor-
lamalarını takviye etmektedir.

-
- (45) Bk. J.-C. Béquin, Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République
Fédérale d'Allemagne, Economica, Paris, 1982, s. 23 vd.
- (46) Bk. Fransız Anayasa Konseyi'nin 10 ve 11 Ekim 1984 tarihli kararı, AJDA, 20
Décembre 1984 684 vd., note J.J. Bienvenu. Hakların kullanımını tekin hale ge-
tirme kaydı için ayrıca bk. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Ekim 1979
tarihli Airey Kararı.
- (47) İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin, mediaları, siyasi hayatın kurumsallaştırılmış
araçları ve «farklı bir iktidar» yapan gelişmeleri hazırlayan kararları için bk.
F. Thibaut, «Radio et télévision en Italie», RDP, 1980, s. 1593 vd.
- (48) Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mayıs 1985 tarihli kararı, Federal Cumhu-
riyet'in tanık olduğu en büyük antinükleer gösterilerden biri ile ilgilidir ve gös-
teri hürriyeti Anayasa hukukunu kurucu kararlar arasında yerini almıştır. Bk.
M. Fromont, «République Fédérale d'Allemagne. La jurisprudence constitu-
tionnelle en 1984 et 1985», RDP., 1987, s. 1209 vd.
- (49) Cf. W. Leisner, «L'Etat de droit: une contradiction?», In Mélanges Eisenmann,
Cujas, Paris 1974, s. 65 vd.; J. Chevallier, «L'Etat de droit», RDP., 1988, s. 313
vd.; J.-P. Henry, «Vers la fin de l'Etat de droit», RDP., 1977, s. 1208 vd.; M.
Maille, «Le retour à l'Etat de droit: le débat en France», in L'Etat de droit,
Paris PUF., 1987, s. 216 vd.

2.2. Yazısız hürriyetler teorisi. Anayasa koyucu ve yasa koyucu bağlayan «Yazısız Anayasa Hukuku». Alman Federal Anayasa Mahkemesi, İsviçre Federal Mahkemesi ve 1982 Anayasası'nın 12. maddesi.

Federal Almanya'da faşist yılların pozitivizmine tepki olan bir yorumla, nasyonal sosyalizmin tahrip ettiği somut insani değerler tabii hukuk içine sokulmak istenmiş, **Lüth kararı** ve teorik temellerini sistemleştiren **Düring**'in düşünceleri, otuzlu yılların ferdi, totalitarizmlere karşı korumak için geliştirilen «**yazısız hürriyetler tezi**»ni gün-celleştirmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa koyucuyu da bağlayan «**supra-pozitif hukuk**»un varlığını tanıırken, Anayasanın yazılı prensipleri yanında **yazılı olmayan bir Anayasa hukuku**nun varlığını da kabul etmiştir (50).

«**Yazısız Hürriyetler Teorisi**»nin geliştiği imtiyazlı mekanlardan biri İsviçre Anayasa doktrini ve Federal Mahkeme jürisprüdansıdır.

İsviçre Anayasa doktrinde **Zaccaria Giacometti**, her devletin hukuk düzeninde bir devlet düşüncesi ya da felsefesi gerçekleştirme durumunda olduğunu not ettikten sonra, liberal-demokratik devletin ideolojik ve fonksiyonel temellerinin **maddi hürriyetler kataloğu** ihtiva ettiğini ileri sürmüştür. Başka kelimelerle, demokratik-liberal değerler sistemi eksiksiz bir hürriyetler kataloğudur. Buna göre demokratik-liberal anayasalarda, hürriyetler kataloğu şekli bakımından eksik, maddi bakımdan eksiksiz bir kataloğdur (51).

Altmışlı yıllar başlarında Federal Mahkeme, Federal Anayasa metninde yer almayan temel hak ve hürriyetleri tanımaya başlamış (52) ve Federal Yargıçlar bu hakların Konfederasyon'un «**yazısız Anayasa hukuku**»na (droit constitutionnel non écrit) aidiyetini kabul etmişlerdir. Bu usulün ilk anlamı «hürriyetler listesi»ni, yazılı olmayan anayasal kurallarla tamamlamaktır. Federal Mahkeme, bir kuralı Anayasa hukuku düzeyine çıkarmakta, ona formel Anayasa kuralı değeri vermektedir. Bu durumda kural, teorik olarak, ancak Anayasa değişikliği

(50) Cf. **P. Chenut**, La Justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnel de Karlsruhe, Paris 1956 (tez), s. 140 vd.

(51) Bk. **Rossinelli**, Les libertés non écrites, op.cit., s. 90 vd.

(52) Cf. **J.-F. Aubert**, Traité de droit constitutionnel suisse, Dalloz, Paris 1967, s. 125 vd.

prosedürü ile değiştirilebilir. Yargıcın **kurucu iktidarı**, hukuk çevrelerinde (53) olduğu kadar politik çevrelerde de kabul görmüştür.

Pratikte Federal Mahkeme, yazısız hak tanımada dört kriter kullanmaktadır. İlk iki kriter alternatif kriterlerdir. Mahkeme'ye göre, yazılı olmayan bir hürriyetin, ya Federal Anayasa'da açıkça tanınan bir başka hürriyetin **kullanılma şartı** olması ya da hukuk üzerine kurulu **demokratik düzenin vazgeçilmez unsuru** sayılması gerekir.

Üçüncü kriter, temel uzlaşma kriteri olarak adlandırılabilir: Yazısız hürriyetler ortak bir değerler sisteminin hukuk dilinde ifadesidir. Bu anlamı ile değerler sisteminin, **tarihi-ideolojik** bir değerler sistemi olduğu da kabul görmektedir. Dördüncü ve son kriter ise, yargılanabilirlik kriteridir.

24 Haziran 1970 tarihli **Nöthinger** kararında, ifade hürriyetini siyasi hakların kullanılma şartı olarak gören Federal Mahkeme, aynı günlü **Aleinick c. Cour de Justice et Procureur du Canton de Genève** kararında ifade hürriyetinin, diğer açık ya da zımni hürriyetler (*libertés expresses ou implicites*) gibi, «kişi varlığını geliştirmede» vazgeçilmez bir unsur olmanın ötesinde, **Demokratik Devlet** temeli olarak ferdi hürriyetler kataloğunda imtiyazlı bir yere sahip olduğunu açıklamıştır.

Türk Anayasa Hukukunda problem, 1982 Anayasası'nda 12. maddenin, Anayasada öngörülmeven durumları anayasal etki alanına çekme gücüne sahip olup olmadığı problemidir. 12. maddenin İtalyan Anayasası'nın 2. maddesi gibi çekimleme alanına sahip olduğu düşünülürse, farklı tarihi durumlarda siyasi ve hukuki bilinçte maddileşen hak ve hürriyetler de 12. maddenin etki alanına girecektir. Maddileşmenin şekillerinden biri, onaylanmamış olsa da, milletlerarası konvansiyonlardır. Bu düşünce tarzı içinde konvansiyonlarda maddileşen hak ve hürriyetleri «dokunulmazlık» seviyesine çıkarmak, anayasallaştırmak mümkün olabilecektir (54).

Son bir analizde «**yazısız hürriyetler**» **pretoryen** hukuku, temel haklar klasik kaynaklar teorisini yenilemiş, yargıcın normatif iktidarını tescil etmiştir.

(53) Cf. **A. Auer**, «Problèmes fondamentaux de la démocratie suisse», *Revue de droit suisse*, 1984, s. 42 vd.

(54) Bu konuda İtalyan doktrinindeki tartışmalar için bk. **G. Zagrebelsky**, «Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Cour constitutionnelle Italienne», in **L. Favoreu**, éd., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, *Economica*, Paris 1982, s. 306 vd.

3. PROBLEM ÜÇ. NORMATİF DEVRELER ÜZERİNDE YARGISAL ZORLAMALARIN KURUMSAL VE SİYASİ MANTIĞI.

Kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde, yetki ve prosedürle sınırlı kalmadan muhteva denetimi yapılması durumunda öncelikle ölçü-normlar ve korunacak hak ve hürriyetler ve kaynakları problemleri önem kazanmaktadır.

Normatif devreler üzerinde yargısal zorlamalarda kullanılan ölçü-normların muhtevası, mahkemelere yetki tanıyan normların yorumu ve yaptırım tekniklerinin Anayasa Yargıcına bağlı olarak farklılaşması Anayasa'ya uygunluk denetiminin sınırları ile ilgili kilit-problemlerdir. Politikayı hukuk kışkacına sokan da, özellikle, bu alanlarda görülen yenilenmeler olacaktır.

1. «Şekli anlamda Anayasa»dan Anayasa kavramının belirsizleşmesine.

Carré de Malberg'in klasikleşen formülü ile «Şekli anlamda Anayasa» Kurucu organ tarafından konan ve kurucu güçte bir işlemle, özel bir prosedürle değiştirilebilen (55) düzenlemeler bütünüdür. Ancak bugün yargı pratikleri «şekli anlamda Anayasa»nın sınırlarını zorlamaktadır (56).

Anayasaya uygunluk denetiminde şekli Anayasa tek ölçü - norm olmaktan çıkmış ölçü - normlar bloku inşası dönemi başlamıştır.

Ölçü-normlar inşasında kullanılan, öncelikle, milli-üstü hukuk ve hukuk devleti yeni anlayışının potansiyel mantıklarındır.

Anayasa Mahkemeleri, hukukun genel prensiplerini, anayasal değerde prensipleri, hak ve hürriyetleri, kurucu yorum teknikleri ile *exnihilo* yaratmaktadır.

Fransız Anayasa Konseyi, Devlet Şûrası'nın «Hukukun genel prensipleri»ni keşfetmesi gibi, aynı kurucu yorum tekniği ile «Anayasal değerde genel prensipler» (princípios généraux a valeur constitutionnelle) tanımaktadır. Konsey'in ilk yüz iptal kararının otuzu Anaya-

(55) Bk. **Carré de Malberg**, Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920 - 1922, t. 2, s. 571 vd.

(56) Cf. **S. Riols**, «Les incertitudes de la notion de Constitution sous la V. République», RDP., 1984, s. 587 vd.

sa metninde yer almayan kural ya da prensiplerin ihlali gerekçesi ile verilmiştir (57).

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa Koyucuyu da bağlayan supro - pozitif hukukun varlığını tanıırken, Anayasanın yazılı prensipleri yanında «yazılı olmayan Anayasa Hukuku»nun varlığını kabul etmekte (58), İsviçre Federal Mahkemesi, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi gibi yazılı olmayan Anayasal kurallara formel Anayasa kuralı değeri vermekte (59), Türk Anayasa Mahkemesi'nin de Anayasal değerde genel prensip ya da Cumhuriyet yasalarınınca tanınan temel prensipler getirdiği (60) görülmektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi, «Milletlerarası Hukuk'a açıklık» teorisinin ilk unsurlarını getiren kararları yanında, 1986/11 karar sayılı Kararında, maddi Hukuk Devleti anlayışını kullanmış ve Hukuk Devleti'ni, «Anayasa'nın açık hükümlerinden önce Hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere» ve «Hukukun üstün kuralları» ve «temel hukuk prensiplerine bağlı», «hak ve hürriyetleri... güçlendiren», «yargı denetimine açık» Devlet şeklinde tanımlamıştır (61).

Anayasa Mahkemeleri, ölçü-normlar blokunun muhtevasını belirlemenin yanı sıra, anayasalık blokuna çekli düzen vermekte, mülkiyet hakkı gibi bazı hakları «zayıflatırken», diğerlerini üstün korumadan yararlandırmakta, bunun da ötesinde, kendilerine yetki tanıyan normları da yorumlamakta, rollerinin senaryolarını kendileri yazmaktadır.

«Anayasa Muhakemesi Hukuku»nda (droit processuel constitutionnel, Verfassungsprozessrecht), yaptırım tekniklerinin Anayasa yargıcına bağlı olarak farklılaşması, siyasi sonuçları yeni görülmeye başlanan, önemli bir gelişmedir (62).

(57) Bk. L. Favoreu, «Les cent premières annulations prononcées par le Conseil Constitutionnel», RDP., 1987, s. 449, vd.

(58) Cf. P. Chenut, La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnelle de Karlsruhe, Paris 1956 (tez), s. 140; s. 560 vd.

(59) Bk. J.-F. Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, Dalloz, 1967, s. 125 vd.

(60) Anayasa Mahkemesi'nin yabancıların taşınmaz mal edinmeleri ile ilgili 1987/7 karar sayılı Kararı.

(61) AYMKD., S. 22, 1987, s. 119-120.

(62) 1987 yılında Lizbon'da yapılan Avrupa Anayasa Mahkemeleri VII. Konferansında bu gelişme üzerinde durulmuştur. Bk. 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa yargısı, Ankara 1988.

M. Cappelletti'nin «Weapons of limited warfare against unconstitutionality» saydığı (63) yaptırım teknikleri farklılaşması içinde, yasaların yorumunda özel bir teknik olmanın ötesinde yasaya yeni bir muhteva veren «**Anayasaya uygun yorum**» (interprétation conforme à la constitution), «**şarta bağlı Anayasaya uygunluk**» (déclaration de constitutionnalité sous réserve) ve yasayı etkisizleştirme (inopérante législative) (64) teknikleri, Anayasa yargıcının kural koyucu işlemi «**a law-giving act**» sayılmıştır (65). Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise henüz Anayasaya aykırı hale gelmemiş ancak gelmekte olan kanunları direktifler ekleyerek yasa koyucuya geri göndermektedir. Anayasa yargıcı **Rupp V. Brünneck**'in «**Yasa koyucuya çağrı**» saydığı kararlar **pro futuro** bir Anayasaya aykırılık karinesi getirmektedir. Anayasa Mahkemelerinin farklılaşan teknikleri «**Politika**» üzerinde etki ve normatif rollerini arttırmakta Anayasa Mahkemeleri kararları ile yeni bir normatif devre kurulurken, politikacıları **Martin Hirsch**'in bir Bundestag komisyonunda söylediği gibi «**Karlsruhe Astrolojisi**» yapmak zorunda bırakmaktadır.

Son bir analizde, demokrasi, temsili bir mecliste ifadesini bulan halk egemenliği, çoğunluk kuralıdır ama, aynı zamanda, azınlık haklarının korunması, hak ve hürriyetlerin, insan haysiyetinin de teminat altına alınmasıdır ve Anayasa mahkemeleri ile cihazlanan Hukuk Devleti'nin misyonu da budur.

2. Anayasal sistemlerin kurumsal mantıkları ve Anayasa yargısı.

Kit'a Avrupasında kanunların Anayasaya uygunluk denetiminin kurulduğu sistemler, **parlementer** (Federal Almanya, İtalya, İspanya, Belçika (66), «**yarı-prezidansiyel**» (67) (Avusturya, Fransa, Portekiz),

(63) **M. Cappelletti, W. Cohen**, Comparative constitutional law, Baies-Merril, N.Y., 1979, s. 94 vd.

(64) **D. Broussolle**, «Les lois déclarées inopérantes par le Juge constitutionnel», RDP, 1986, s. 751 vd.

(65) Bk. **B. Çağlar**, «Parlementolar ve Anayasa Mahkemeleri. Teori ve Pratikte Anayasa yargısının sınırları problemi», in Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 170 vd.; - İD., «Anayasa yargısında yorum problemi. Karşılaştırmalı analizin katkıları», in Anayasa Yargısı, Ankara 1986, s. 191 vd

(66) Belçika'da, Avrupa modeline yakın bir Anayasa yargısı sistemi «**Cour d'arbitrage**» kurumu ile getirilmiştir. Bk. La Constitution belge et ses lois d'application, Caboy, Louvain, 1983.

(67) Yarı-prezidansiyel sistem, genel oyla seçilen Devlet Başkanı ve Parlamento önünde Hükümet ikilisini ifade eder ve genel oy ifadelerinin ikiliği Yürütme içinde yer alır. Kısaca, yarı-prezidansiyel sistem iki seçim sandığı yeni-parle-

ya da «başkanlı-parlementer» (68) (Türkiye) sistemlerdir. Ancak bu ayrımın yanında, normatif devreler analizinde kullanışlı iki ayrım daha yapılabilir. Bu ayrımlardan ilki, parlamenter çoğunluklu ve çoğunluksuz sistemler ikilisini esas alırken, ikincisi iktidarda yer değişikliklerinde politik karşıtlıkların yoğunluk derecesi üzerine kuruludur.

2.1. Çoğunluksuz ve çoğunluklu parlamenter sistemler ve iki kurumsal mantık.

Bugün, İtalya dışında, bütün sistemlerde «çoğunluklulaşma» istidadı görülmektedir. Bu durumda Anayasa Mahkemelerinin sistem içinde rollerini iki farklı mantık şekillendirir. İtalya örneğinde görüldüğü gibi, parlamentonun çoğunluksuzlaşması halinde, Anayasa Mahkemesi bir çeşit «yasama-ortağı» (co-législateur) ve hatta «yasakoyucu» olmaktadır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, İtalyan siyasi hayatının özelliklerine bağlı, siyasi kararlarda «Contrattualizzazione» aşırılığını —siyasi pazarlık dışında tutulması gereken Anayasal değerleri de bu alana sokma eğilimini— frenlerken, bir çeşit ikâme yasakoyucu rolünü de üstlenmiş, ek veya ikâme kararlara yasakoyucunun siyasi tercih boşluklarını doldurmuştur. Türk Anayasa Mahkemesi politikasını da, II. Cumhuriyet'de, aynı kurumsal mantığın etkilediği söylenebilir (69).

Parlamentoların çoğunluklulaşması durumunda ise, ikinci kurumsal mantık etkili olmakta, Anayasa yargısı muhalefetin ihtiyaç duyduğu karşı ağırlığı sağlamaktadır. Kısaca söylendiğinde, plüralist sistemlerde, bir kurumun aşırı güçlenmesi tepki olarak bir başka kurumu doğurmakta ya da güçlendirmektedir (70).

menter sistemdir. Cf. **M. Duverger**, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF., Paris 1970 (11. éd.), s. 277 vd.; - **İ.D.**, *Echec au Roi*, A. Michel, Paris 1978; «A new political system model: semi-presidential government», *European Journal of Political Research*, 1980, s. 168 vd.; «Système présidentiel et système semi-présidentiel», in **J.L. Seurin**, éd., *La présidence en France et aux États-Unis*, Economica, Paris 1986, s. 351 vd.

(68) Başkanlı-parlemantar sistem analiz şeması, «tek sandıklı», ancak yetkilendirilmiş Devlet Başkanlı sistemleri açıklama ihtiyacına getirilen bir ilk cevaptır. Bu sistemlerde Devlet Başkanının kullandığı İktidar, partiler iktidarı değil, ama, Devlet İktidarıdır.

(69) Anayasa Mahkemesi'nin «dolaylı yasama» sayılabilecek kararları ve parlamantar hareketsizliğin Mahkeme kararları üzerinde etkisi konularında bk. **A. Ünsal**, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, Ankara 1980, s. 272vd.; s. 314 vd.

(70) Bk. **L. Favoreu**, «Europe occidentale», in **L. Favoreu, J.-A. Jolowicz**, éds., *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, Economica, Paris 1986 s. 47 vd.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, liberal düzeni, onu tahribe yönelen siyasi güçlere karşı koruyarak liberal demokrasinin «mücadeleci» anlayışını yerleştirirken, pratikte Hükümetin parlementer sorumluluğunun ortadan kalkması karşısında bu fonksiyonu, çoğunluğun etkili denetimi adına yüklenmiş, Avusturya Anayasa Mahkemesi de, özellikle tek parti çoğunluklarının varlığına bağlı olarak eksik temsil edilen ya da hiç temsil edilmeyen sosyolojik ve politik azınlıkların korunması yolu ile siyasi tartışmanın büyük formasyonlarca monopolleştirilmesini engellemiştir.

Son bir analizde, politikayı hukuk kışkacına sokan, plüralist demokrasiler yeni dengelerinde, Anayasa Mahkemelerinin Anayasa adına bir «ikâme-muhalefet» olma misyonudur. Türkiye’de, III. Cumhuriyet’de, eksik muhalefetin tahrik ettiği iptal davalarında görülen sayısal artış aynı arayışın ifadesidir.

2.2. İktidarda ya değiştirmenin siyasi mantığı ve Anayasa Mahkemelerinin çatışmacı politikayı Hukukla barışlandırma misyonu.

Liberal-demokratik sistemlerde, iktidarda karşılıklı yer değiştirmelerde, ya da iktidarda yer değiştiren siyasi partiler arasında politik mesafenin açık olması durumunda, Anayasa Mahkemeleri bir siyasi barışlandırma misyonu yüklenmekte, sosyal-siyasi birlikte-yaşarlığın, Anayasal değerler üzerine kurulu, hukuki çerçevesini çizmektedir.

Anayasa Mahkemelerinin barışlandırma misyonu, politikayı hukuk kışkacına sokarak Anayasaları temel uzlaşma belgeleri olma kimliği ile öne çıkartmakta, yeni bir siyasi-hukukî mimarinin kurucu unsuru yapmaktadır. Bu yeni mimarinin adı hukukla düşünülen politika-dır.

Fransa’da Anayasa Konseyinin, çatışmaları yatıştırıcı bir fonksiyonu olmuş, Konsey, çatışmacı siyasi hayatı barışlandırırken, iktidardaki çoğunlukların millileştirme ve özelleştirme politikalarını sınırlamış, yeni bir «merkez politika»nın kurucu sınırlarını çizmiştir (71).

İspanya’da da benzer bir tecrübeye tanık olunmuştur.

(71) Cf., L. Favoreu, Les Cours constitutionnelles, PUF., Paris 1986; - ID., «Le Conseil Constitutionnel et l’alternance», RFSP., 1984, s. 1002 vd.; La politique saisie par le droit, PUF., Paris 1988, s. 30 vd.

Son seçimlerde Fransız seçmenî seçim tekniğinin mantığını kırarak «merkez politikası»nın demokratik meşruiyetini sağlamıştır.

Söylenmesi gereken, ilk iki kurumsal mantığın yanında bu sonuncu mantığın siyasi mantığın, Anayasa Mahkemelerinin normatif devreler üzerinde zorlamalarını azamileştirmesidir.

2.3. Anayasa felsefeleri : Devletçi, demokratçı tezler ve Anayasa Mahkemeleri.

Anayasalar, hukukçuların çok iyi bildikleri bir trilogyaya göre, önce bir felsefe, sonra bir kurumlar sistemi ve bir pratiktir. Kurucu felsefe Kurumlar sistemin profilini de şekillendirir çok kere de jürisprüdansiyel politikayı etkiler.

Karlsruhe Mahkemesi, Komünist Parti'nin kapatılması davasında, «kendi değerlerini korumak için düşünce hürriyetini kayıtlayan demokratik ve liberal bir Anayasanın bu kısıtlayıcı hükmünün, Anayasaya aykırı olup olmadığı» sorusunu sormuş ve Anayasa Koyucunun yakın tarihten çıkardığı dersin Mahkeme'yi de bağladığı sonucuna vararak, düzenlemeyi Anayasaya uygun bulurken, 1982 Anayasası'nın otobiografik unsurlu «Başlangıç»ında yazılan resmi tarih, jürisprüdansiyel politikayı şekillendirmiştir.

2.3.1. 1919 Weimar Laboratuvarından 1982 Çankaya ve Simon Bolivar Laboratuvarına Devletçi ve Demokratçı Tezler.

1919 tarihli Weimar Anayasa Laboratuvarı, kurumsal düzenlemelere İnancın en üst noktasını temsil eder. Ancak Alman yazarlar arasında «doğru» parlamantarizm teorisi konusunda açık uzlaşmazlık görülür.

Weimar laboratuvarında çatışan teoriler arasında, **C. Schmitt**'in 1931'lerde etkili yeni bir yorum getirdiği, Devleti, Toplum ve partiler üstünde tutan teorilerin yanında, çoğunluk kararı ihtiyacının, uzlaşma ve bütünleşmeyi sağlayacağı Parlemantoda, çeşitli sosyal güçlerin gerçek temsilinin yararlarını savunan teoriler de vardır. Weimar Laboratuvarında tartışılan «Sivil Toplum» - «Devlet» münasebetlerine, «**Devletçi**» (Statist) ve «**Demokratçı**» (Democratist) yaklaşımlar ikilisi, Anayasa teorisinde klasikleşmiş bir ikilidir.

Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi'nin ilk tesbitlerine göre 1982 Anayasası bu tezlerden ilkinde, Devletçi teze çok daha yakındır. II. Cumhuriyet'de Devlet Krizi, Anayasa Kurucuları Devletçi teze yaklaştırmış ve bu tez 1982 Anayasası'nın genetik kodunda yer almıştır. Bu tez çerçevesinde, «Devlet fikrinin restorasyonu», Anayasanın ti-

pik özelliklerinden biridir (72). Anayasa bu anlamda, iktidarı iki planda düzenlemiştir : Devlet Başkanının kişiliğinde, Devlet Cihazına dayanan bir «Devlet İktidarı» (73) ve Parlamento aracılığı ile bir «Partiler İktidarı» (74). Olağan haller Anayasası yanında kriz Anayasasını da içinde barındıran 1982 Anayasası'nda Devlet İktidarı, Sivil Toplum güçlerine ikâme bir iktidardır.

Devleti koruma teorisi çerçevesinde temel hak ve hürriyetlere genel sınırlama getiren Anayasa, hak ve ödev bağlantısını kurarak «Yönlendirilen hürriyet» (liberté dirigée) formülünü düzenlemiştir ama, bu düzenleme çözümü, Anayasa yargıcına bırakılan zorlu bir problemi de gündeme getirmiştir; Anayasa'nın 13. maddesine göre «hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz. Anayasanın Devletçi genel felsefesi karşısında Demokratçı bu düzenleme, Anayasanın «favor libertatis» yorumuna imkân hazırlamıştır. 1982 Anayasası'nın dilemması budur.

2.3.2. Anayasayı Devletle ya da hürriyetlerle okumak. «Salus rei publicae» v. «Libertates singularum».

Demokratik-liberal sistemlerde temel haklar ve kamu hürriyetlerini bugün, siyasi düzen ve sosyal barışın temelleri olarak tanımlamak mümkündür. Bu anlayış açık ifadesini 1978 tarihli İspanyol Anayasası madde 10.1. düzenlemesinde bulmuştur. Çok daha genel bir ifade ile Demokrasi, haklara sahip olma hakkının tanındığı yerde vardır.

Türk anayasacılığında, II. ve III. Cumhuriyet Anayasaları, Devlete ve kamu iktidarlarına, ferdin hak ve hürriyetlerini sosyal Hukuk Devleti ve Adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, sos-

(72) 1958 Fransız Anayasası'nda Devlet fikrinin restorasyonu için bk. G. Burdeau, Droit constitutionnel et institutions politiques, LGDJ., Paris 1976 (17. éd.), s. 445 vd.; s. 581 vd.

(73) Bu konuda Anayasal düzenlemelerin dışında, özellikle bk. 11 Kasım 1983 tarihli Millî Güvenlik Kurulu Kanunu.

(74) İktidarın iki planda düzenlenmesinin tipik örneği 1958 Fransız Anayasası'dır. «58 Modeli Anayasalar»da bir imalat hatası var mıdır? sorusu bu düzenlemenin Fransız Anayasa pratiğinde gündeme getirdiği problemlere bağlı olarak sorulmuştur. Bu modelden etkilenen yeni Portekiz ve Yunanistan Anayasaları'nda, Devlet Başkanının yetkilerinin sınırlandırılması yönünde gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri bu soruyu anlamlı bir soru yaparken, Türkiye de tek sandıklı demokrasiden çok sandıklı demokrasi formülüne geçiş arayışları sorunun gündemden çıkmadığını göstermektedir.

yal ve ekonomik engelleri kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama jenerik ödevini yüklemiştir (75).

Benzer bir düzenleme İspanyol Anayasası madde 9.2 ile getirilmiş ve jürisprūdans bu Anayasal düzenlemeden, çok sayıda pratik sonucu olan, **Favor libertatis** (hürriyetden yana) bir genel prensip çıkarmıştır. İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin, «**temel hakları anayasal rejimin özü**» sayan görüşü de aynı prensibin bir başka dilde anlatımıdır (76).

Eklemek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın «Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması»nı düzenleyen ve yeni bir «**kriz yasalılığı**» getiren 15. maddesinde «kişinin... maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunma» yasağı getirilmiştir. «**Tarihi hata**», bu düzenlemelerden «**favor libertatis**» bir genel prensip çıkarma yerine, Anayasada «**Devleti koruma teorisi**»ne öncelik tanımak (77); kamu yararını (**salus rei publice**) fert hürriyetinden (**Libertates singularum**) üstün tutmak ya da Anayasayı bu kimliği ile yargılamak olmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin, çok yakınlarda, Anayasayı farklı okumaya başladığı da not edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi, 2559 sayılı Polls Vazife ve Selahiyetler Kanunu'nun bazı maddelerinin değiştirilmesi ve Kanuna bazı maddeler eklenmesi hakkında 3233 sayılı Kanunun iptali davasında, Anayasa'da hürriyetlerin «hangi anlayış içinde düzenlendiğini» araştırmış ve Anayasa'nın 2 ve 5. maddelerinden «**favor libertatis**» bir genel prensip çıkarmıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, «Anayasa özgürlükçü bir görüşü benimsemiştir. Gerçekten de, Anayasa'nın ikinci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin İnsan Haklarına saygılı bir Devlet olduğu belirtiltikten sonra, 5. maddesinde kişinin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağlaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve ma-

(75) Bk. 1982 Anayasası m. 5.

(76) Bk. İspanyol Anayasa Mahkemesi 26/1983 karar sayılı kararı. Cf. **M.S. Moron**, «Le système de protection des droits fondamentaux et libertes publiques en Espagne», JÖR., 1986, s. 149 vd.

(77) Anayasada «Cumhuriyet'in nitelikleri»ni yorumlamada Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kullandığı «**Güçlü Devlet, otoriter idare**» ya da Anayasa Mahkemesi'nin kullandığı «**Devlet menfaatlerine üstünlük tanıma**» formülleri gibi.

nevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmasını, Devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır...» (78).

XVI. Yüzyıl «Kültür İhtilali»nden Liberal İhtilaller çağına ve İhtilaller Çağından İkinci Dünya Savaşı sonrası anayasacılığına fert-merkezli değerler sistemi Anayasa anlayışı, liberal Anayasaların, eskilerin «Anyasanın ruhu» dedikleri hücre hafızası ya da genetik kodunda vardır. «Demokratik toplum düzeni»ni şekillendiren de bu anlayıştır.

4. PROBLEM DÖRT. NORMATİF DEVRELER ŞEBEKESİ VE YÜRÜTMENİN DÜZENLEYİCİ İŞLEMLERİ : İKİ PROTOTİP : İCRAYI GÜÇLENDİRMEK YA DA GÜÇLENDİRMEK.

Plüralist sistemlerde **Düzenleme İktidarı** (Pouvoir réglementaire) «Anayasa tartışması»nın sürekli gündeminde kalan nevaljik problemlerden biridir. Bu konuda iki prototip sayılabilecek Fransız ve Alman formülleri probleme —hiç olmazsa teorik planda— farklı çözümler getirmiştir.

Alman hukuk sisteminde, nasyonal - sosyalist dönemin uygulamalarına duyarlı kalınarak «Güçlü Yürütme»ye (79) karşı önlemler getirilirken, Fransız hukukunda, Parlementonun sınırsız gücüne tepki olarak Yasama iktidarının yetkileri sınırlandırılmıştır.

Malbergci doktrine reddiye, 1958 Fransız Anayasası'nda «**İkili normatif iktidar teorisi**» ile açık ifadesini bulurken, İtalya'da Anayasa tartışmalarını, Türkiye'de de 1982 Anayasası'nın normatif sistemini etkilemiştir. 1982 Anayasası'nın olağan dönem düzenlemeleri ile normatif sistemde bir hukuk ihtilali gerçekleştirdiğini söylemek zor olsa da, olağanüstü dönem düzenlemeleri için durum farklıdır; Yürütmeye «Olağan düzen Anayasası»nın marjında, saklı olanlar dışında, kayıtsız düzenleme yapma yetkisi tanınmıştır.

Ancak uygulama, Fransız sisteminin normatif devreler şemasını etkileyip değiştirmiştir. Teori ve pratik arasında görülen bu fark «**normatif devreler karşılaştırmalı analizi**»nin konusudur. Fransa'da «İkili normatif iktidar, teorisi»nden «Huni teorisi»ne geçilirken, Türkiye'de «82 formülü» normatif devreleri arttırmış, yeni normatif devreler üzerinde zorlamaları da asgariye indirmiştir.

(78) Bk. AYM., 1986/27 karar sayılı Karar.

(79) «Güçlü Yürütme» ya da «Kuvvetli İcra» formülü, Yasama-Yürütme münasebetleri yanında Sivil-Toplum-Devlet münasebetlerini de içine alır. Problemin kritik önemi de buradadır.

1. «Kuvvetli İcra»yı kayıtlama politikası : Weimar'ın dersi.

Alman sisteminde, 1918 öncesinde Monark özerk düzenleme iktidarına sahip olmuş, Weimar'da Cumhurbaşkanı, olağanüstü düzenleme iktidarı (Kriz iktidarı) ve tam yetki yasalarını kullanabilmişken, Bonn Temel Yasası'nda Federal Hükümet, yasaya bağlı düzenleme (80) iktidarına sahiptir (m. 80 ve 129) (81).

Bundestag'ın 1971'de kurduğu Anayasa revizyonu ön çalışmalarını yapmakla görevli «Enquete Kommission», 80. maddenin değiştirilerek, yasa kayıtlı alanlar dışında Federal Hükümet'e özerk düzenleme yetkisi tanınmasını önermiştir (82). Bu öneri doktrinde Hükümetin düzenleme iktidarı ile ilgili gelişmeleri de göstermektedir (83). Alman Kamu Hukuku klasik doktrininde kolluk düzenlemeleri yasal bir temel gerektirirken (idarenin yasa ile yetkili kılınması), kamu hizmetlerini yürütmek için gerekli düzenlemelerde bu şart aranmamıştır. Prusya Monarşisi dönemindeki uygulamalardan kaynaklanan bu teori. Toplum-Devlet ayrılığı, Toplumı temsil eden Parlamento ile Devleti cisimleştiren Hükümdar arasında yetki paylaşımı üzerine kuruludur. Oysa bugün bu düalizmin anlamı, değişmiştir ve jürisprüdans, klasik teoriyi yeniden yorumlayarak, önemli idari kararların bütünü için yasal temel aramaktadır (84).

2. «İkili normatif iktidar teorisi»nden «Huni teorisi»ne : Palais Royal kıskacı (85), Coexistence'in siyasi mantığı.

Anayasa yargısı, mevcut olduğu sistemlerde, iktidarda yer değişikliğini, siyasi sonuçlarının genişlik derecesini daraltarak, düzen-

(80) Alman hukuk terminolojisinde yasaları uygulama kararnameleri, yasa gibi hukuk kuralları ihtiva eden kararnameler sayıldığı için, «Hukuk kararnameleri» (réglements de droit, Rechtsverordungen) olarak adlandırılmıştır.

(81) Bu alanda Anayasa Mahkemesi jürisprüdansında değişme için bk. M. Fromont, «Le pouvoir réglementaire et le juge la République Fédérale d'Allemagne»ın Mélanges Waline, LGDJ., Paris 1974, s. 27 vd. 1971 Anayasa değişiklikleri ile Türk Anayasa hukukuna giren Kanun hükmünde kararname kurumu için Bonn Temel Yasası 80. maddesinin kaynak metin gösterilmesinin sadece siyasi anlamı olmuştur. Bk. F. Soğlam, «Kanun hükmünde kararname çıkarmanın sınırları. Uygulamanın yoğunlaşmasından doğabilecek sorunlar», in Anayasa yargısı, Ankara 1984, s. 261 vd.

(82) Raporun Fransızca çevirisi için bk. NED., 4106-4107.

(83) Cf. Fromont, Kronik, RPD., 1975, s. 123 vd.

(84) Cf. Fromont, Kronik, RDP., 1980, s. 129 vd.

(85) Anayasa Konseyi ve Devlet Şûrası Paris'te Kraliyet Sarayı'nın (Palais Royal) iki ayrı kanadında çalışır.

ler (86). Başka bir ifade ile politik sarkacın salınımını kayıtlar. Bu kayıtlamalar normatif devreler üzerinde gerçekleşir ve revizyonist hükümet politikasının yasalaşması hukuk kısıncasına girer (87).

1958 Anayasası ile kurulan V. Cumhuriyet'in ilk siyasi çoğunluk değişikliğinden «alternance» sonra, Mitterand Fransa'sında, Anayasa Konseyi'nin Anayasaya aykırı bulduğu yasalar arasında Hükümet politikasında kritik önemi olan millileştirme yasası, mahalli seçimler yasası, Üniversite ve basın reformu yasaları vardır.

Fransız Anayasal sisteminde siyasi çoğunluğun kullanabileceği dört normatif devre ya da yol vardır : kararname, adı yasa, organik yasa ve Anayasal yasa. 1958 Anayasası'nın normatif devreler şemasında bir «Hukuk İhtilali» gerçekleştirerek, hukuki normlar hiyerarşisinde yasalarla aynı sırada özerk kararname kategorisi getirdiği not edilmiş, «**İkili normatif iktidar teorisi**» bu tesbit üzerine kurulmuştur.

Normatif devreler karşılaştırmalı analizi, bu alanda, Anayasal düzenlemeler karşısında, Anayasal pratiklerin, Anayasal ve idari jürisprüdansın zorlama gücünün çok daha yüksek olduğunu göstermektedir (88). V. Cumhuriyet Fransasında bu zorlamalar dört devreli normatif sistemi tek devreli sistem haline sckmuş, «**Huni teorisi**» bu gerçek üzerine kurulmuştur.

Avusturya ve Federal Almanya'da Anayasa'ya aykırı bulunabilecek bir «reform» anayasal - yasa yolu ya da devresi kullanılarak oylatılabilirken (89) Fransa'da Anayasa değişikliği prosedürü, siyasi açıdan her zaman uyum içinde olmayan dört otoritenin - Devlet Başkanı, Hükümet, Millet Meclisi ve Senato - onayını gerektirmekte ve bu zorlama «**anayasal-yasa devresi**»ni kullanılmaz hale getirmektedir.

Fransız Anayasa Konseyi ve Devlet Şûrası'nın ortak yorumu kararname yolunu, düzenleme iktidarı aleyhine yasa koyucunun yetki-

(86) Cf. L. Favoreu, La politique sans le droit, op.cit., s. 128.

(87) Cf. John T.S. Keeler, «Toward a Government of judges. The Constitutional Council as an obstacle to reform in Mitterand's France», IPSA, Paris 1985, s. 6 vd.; L. Favoreu, «Le Conseil Constitutionnel et les réformes de la gauche», Europa-Institut, Universität des Saarlandes, 1984.

(88) Cf. J.L. Huillier, Note sous CE, 26 juin 1969, «Syndicat des Ingénieurs-conseils», Dalloz, 3, 1959, s. 543. Anayasa mahkemelerinin normatif fonksiyonun kullanılmasında yerli, normatif devreler karşılaştırmalı analizinin kilit-problemlerinden biridir.

(89) Cf. L. Favoreu, Les Cours constitutionnelles, PUF., Paris 1986.

sinli genişleterek kayıtlamış (90), **özerk kararname**ler (règlements autonomes) **devresi** kullanılmaz hale gelirken **adi-yasa devresi** reformların olağan cihazı olmuştur. Ancak bu kanal da gittikçe daralmakta, Anayasal jürisprüdans yasa koyucunun uymak zorunda olduğu Anayasal değerde prensip ve kuralları artan sayıda getirmekte, referans normları ağırlaşmaktadır. Hemen not etmek gerekir ki, yargı yerlerinin kullandığı **ölçü-normlar** ya da Anayasalık ve yasalık bloklarında genişlemeler, normatif devreler üzerinde jürisprüdansiyel zorlamaları en üst noktasına çıkarır. Yeni siyasi çoğunluklar muhalefetteyken tahrik ettikleri Anayasa'ya uygunluk denetiminin daralttığı kanun yolunu kullanmak zorunda kalmaktadır. 1974'den 1981'e solun tahrik ettiği 47 Konsey kararına, sağın 1981'den 1986'ya tahrik ettiği 66'sı eklenmiş, yasa yolunun işaret şamandıraları artmış, yasa trafiği ölçü normlarla kayıtlanmıştır.

Fransız sisteminde **ordonanslar prosedürü** normatif mekanizmanın kilitlenmesini önlemek için getirilmiş bir güvenlik süpabıdır (91). Ancak Anayasa Konseyi, Anayasa'nın 38. maddesine göre oylanan yetki kanunlarının «lois d'habilitation» denetiminde «**şarta bağlı uygunluk tekniği**» (déclaration de conformité sous réserve) uygulamış (92), bu denetim tekniği ile «**ordonanslar devresi**»ni kayıtlarken Devlet Başkanına ordonansları imzalamayı reddetme imkânı vermiştir (93). Bu uygulama ile Anayasa Konseyi yetki yasalarına yeni Anayasal şartlar ekleyerek Hükümet politikasını Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ve Kıt'a Avrupası Anayasa Mahkemelerinden çok da-

(90) Yasa/kararname arasında kurulan yeni denge için Cf. J.-L. Pesant, «Loi/règlement. La construction d'un nouvel équilibre», in Duhamel, Parodi, eds., La Constitution de la Cinquième République, op.cit., s. 342 vd.; Fransız Anayasa Konseyi, 30 Temmuz 1982 tarihli kararında, yasa kurallarının, düzenleme alanına müdahale ettiği gerekçesi ile Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceğini karara bağlamıştır. Ayrıca bk. Le domaine de la loi et du règlement, PUAM, Paris 1978; L. Favoreu, «Les règlements autonomes n'existent pas», RFDA, 1987, s. 6.

(91) Ordonanslar onaya kadar idari işlemlerdir ve sadece Devlet Şurası'nın denetim alanına girer. Ordonanslar yasama yetkisinin devredilmezliği prensibi karşısında bir yeniliktir ve yetki yasaları ile **düzenleme alanının genişletilmesi** uygulamasının anayasallaştırılması anlamını taşır.

(92) Cf. F. Moderne, «Les déclarations de conformité sous réserve», Journées AFC., 13 mars 1987.

(93) Devlet Başkanı ordonansları imzalamayı reddedebilir mi? tartışmasında «**prezidansiyalist**» ve «**parlemantarist**» tezler ve ideolojik övnersayımları konusunda bk. M. Troper, «La signature des ordonnances. Fonctions d'une contreverse», Pouvoirs, 41, s. 75 vd.

ha geniş biçimde kayıtlarken (94), «Cohabitation» döneminde Devlet Başkanı da ordonansların üçte birini engellemiştir.

Son bir analizde, V. Cumhuriyet'in ilk yıllarında Hükümete genişletilmiş normatif iktidar tanıyan Fransız sisteminde Anayasa Konseyi ve Devlet Şûrası jürisprüdansı, parlamenter ve prezidansiyel çoğunlukların farklılaşması sonucunda normatif devreler şebekesinde sadece yasama devresi fonksiyonelliğini koruyabilmiş, özerk karar-nameler bağlı kararnameler haline gelmiştir. Pratikte bu gelişme Parle-mentoya yitirilen onurunu iade etmiştir ama tek devreli mekaniz-manın aşırı ısınmasına da sebep olmuştur (95).

3. «82 FORMÜLÜ». Normatif devrelerde çoğalma ve zorlama- larda azalma.

3.1. Yönetilebilir demokrasi anlayışı ve normatif devrelerde ge- nişleme.

1982 Anayasa formülü analizi, Yasama - Yürütme münasebetle-
rinde iki farklı problematiğin dikkate alınmasını gerektirir.

Liberal sistemler oluşunda, «Aydınlıklar Çağı» Anayasa felsefe-
sinin sorunsalı, tiraniyi engellemek ya da aynı anlamda hürriyeti ko-
rumak olmuştur. Tirani, kişi ve mal güvensizliği anlamındadır ve Ana-
yasa dilinde denge, fren ve karşı ağırlıklar bu ilk sorunsal içinde yer
alır. Parlemtentonun yasama tekeli, XIX. Yüzyıl boyunca, Avrupa ve
Kuzey Amerika liberal ideolojisinin adını koymuştur.

Yasama - Yürütme yeni problematiğinde ise, uygun siyasi karar-
lar düzenli üretimi öncelik kazanmış, teminatçı ya da garantist felse-
fe yerine yönetilebilirlik arayışı geçmiştir (96). Yönetilebilir demok-
rasi anlayışı, normatif devreler şebekesi ve bu şebeke üzerinde zorla-
malar anlayışını da etkileyip değiştirmiştir.

1982 Anayasası'nın «Yürütme yetkisi ve görevi»ni düzenleyen 8.
madde gerekçesi, normatif sistemde garantist felsefeden yönetilebi-
liir demokrasi anlayışına geçişin açık ifadesidir. 1982 Anayasa Koyu-
cusu, 1961 Anayasası'nda organik anlamda Yürütmenin zayıflığı ve

(94) Karşılaştırma için bk. T. Tan, «Anayasa Mahkemesi kararları ışığında Yürütme-
nin düzenleme yetkisi, in Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 203 vd.

(95) Tek devreli mekanizmada aşırı ısınma için bk. Favorou, La politique saisie par
le droit, op.cit., s. 99 vd.

(96) Cf. R. Pierce, «Les relations entre l'exécutif et le législatif et la recherche du
raisonnable», in J.-L. Seurin, éd., Le constitutionnalisme aujourd'hui, op.cit.,
s. 117 vd.

maddi anlamda da Yürütme özerkliği yokluğu tezini benimsemiş ve yeni normatif sistemde, karar alma kudretinden yoksun hükümetler tecrübesine son vermek için, Yürütmenin güçlendirilmesi / yetkilendirilmesi tercihinin yapmış, Yürütme «tabii organ» olmaktan çıkarılmıştır.

Anayasa hukuku doktrininde, 1961 Anayasası'nda «organik anlamda (Yürütme-otorite) Yürütmenin zayıflığı tezi, egemenliğin düzenleniş biçimini esas almış (97), maddi anlamda (Yürütme-yetki alanı) Yürütme özerkliği yokluğu tezi, «1921 Mitusu»na eklenen Malbergci görüş çerçevesinde geliştirilmiştir (98).

Yürütme özerkliği yokluğu tezinde, «kural işlem yapma yetkisi ilkel ve genel olarak sadece Parlemonundur. Yürütme ve İdare türevsel, bağlı ve istisnai bir düzenleme yetkisine sahiptir». Parlemonun Yasamada tam yetki kuralı, «milleti temsil sıfatına, onun iradesini ifade yetkisine» bağlamıştır. Bu tez çerçevesinde 1971 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile Türk Anayasa düzenine giren Kanun hükmünde kararnameler de yürütmenin düzenleme yetkisinin genişletilmesi sayılmıştır (99).

Kısaca, Türk Anayasal sisteminde siyasi çoğunluğun kullanabileceği üç normatif devre, Anayasal yasa, yasa ve jenerik anlamda kararname içinde, kararname devresi sadece tali ya da kayıtlı bir devredir.

Oysa, Yürütme-yetki anlamında Yürütmenin özerkliği tezini Damıştay, özellikle 1972'den sonra verdiği kararlarda geliştirmiştir.

Mahkeme'ye göre, «kamu yararının gerektirdiği hallerde İdarenin genel nitelikte düzenleme yetkisine sahip olması hukukun genel ilkelerindedir. İdarenin bir alanı düzenlemesi için İdareye yetki tanıyan bir metnin varlığı zorunlu değildir» (K. 1972/364). «İdarenin genel ve asli bir düzenleme yetkisine sahip olması bir idare hukuku ilkesi-

(97) Bk. M. Soysal, Dinamik Anayasa anlayışı, Ankara 1969, s. 45 vd.; M. Özyörük, İdare hukuku ders notları, Ankara 1972-3, s. 71 vd. Contra, M. Kıratlı, «1924 ve 1961 Anayasalarında İdarenin kuruluşu. Bir karşılaştırma», Türk İdare Dergisi, 1973, s. 10 vd.

(98) Bk. L. Duran, İdare Hukuku, Ders notları, İstanbul 1982, s. 389 vd.

(99) Bk. L. Duran, «Kanun hükmünde kararname», AİD., 1975, S. 2, s. 3 vd.; Cf. M. Oytan, «Fransa, Almanya ve Türkiye'de Yasama yetkisinin devredilmesi ve Yürütme organının Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi», Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 541 vd.; M. Yılmaz, «Türk hukukunda kanun hükmünde kararname», B.N. Esen Armağanı, Ankara 1977, s. 505 vd.

dir» (K. 1972/385). Özellikle kamu düzeninin gerektirdiği hallerde «bir yasal metin olmasa da İdarenin genel düzenleme yetkisi içersinde düzenlemelerde bulunma zorunluluğu vardır» (DDK., K. 1974/437).

Danıştay, Yürütmenin özerkliği tezi çerçevesinde, 1977/160 sayılı kararında da «karamamenin hukuki dayanağını Devletin egemenlik hakkından ve İdarenin genel düzenleme yetkisinden» aldığını hükme bağlamıştır. Kısaca Mahkeme'ye göre, Yürütme, özellikle kamu düzeninin gerektirdiği hallerde asli düzenlemeler yapabilecektir.

Not etmek gerekir ki, Danıştay'ın Yürütme-yetki anlamında Yürütme özerkliği tezini getiren kararları özellikle 1972'li yıllarda verilmiştir. Fransız Devlet Şûrası'nın Yürütmenin düzenleme yetkisini genişleten ünlü **Dehaenne** kararı siyasi istikrarsızlığın açık izlerini taşır. Danıştay'ın kararname devresinde normatif zorlamaları asgariye indiren 72 sonrası kararları da parti bölünme endekslerinde yükselme ve sistemin merkezleşmesi ile eş zamanlıdır. Siyasi istikrarsızlık, en azından jürisprüdensiyel Anayasa hukukunda, kararname devresini gerçek bir normatif devre haline sokmuştur.

1982 Anayasası normatif devreler şebekesini genişletirken, Anayasa Mahkemesi Yasama yetkisinin devredilmezliği genel prensibi marjına, özerk düzenleme alanı ya da «**Ayrık haller teorisi**»nin ilk unsurlarını getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1985/7 karar sayılı Kararında Yürütmeye yetki veren ayrık hallerin esaslarını belirlemiştir. Mahkeme'ye göre, kriz kararnamele, mali yükümlülükler ve dış ticaretin düzenlenmesi alanları özerk düzenleme alanlarıdır.

Fon yükümlülüklerinin kurulmasında da kullanılan 73 ve 167. maddede ile Yürütmeye tanınan yetkiler, bir değerlendirmeye göre, kanun hükmünde kararnamelerden de öteye, sürekli olarak ve T.B.M.M.'nin bilgi ve onayı dışında kullanılabilir. Anayasa Mahkemesi denetiminden uzak, idari yargının çok sınırlı ve kısıtlı denetiminde kalacaktır (100). Sorulması gereken soru, Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna konu olan düzenlemelerin yeni bir normatif devre meydana getirip getirmediği sorusudur.

Anayasa Mahkemesi, Dış ticaretin düzenlenmesi hakkında 2.2.1984 gün ve 2976 sayılı Kanununun 3. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan iptal davasında, «Anayasa'nın 167. maddesinin 2. fıka-

(100) Bk. L. Duran, «Anayasa Mahkemesi'ne göre Türkiye'nin hukuk düzeni» (I), AİD., 1986, s. 20 vd.; O. Oyan, A.R. Aydın, s. 78 vd.

rasının vermiş olduğu yetkiye dayanarak Yasama organı dış ticaretin düzenlenmesini Yürütme organına bırakmıştır. O halde, Bakanlar Kurulu, Anayasaya uygun olmak koşulu ile bu konunun çerçevesini, genel esaslarını, temel yönleri ve ayrıntılarını **tümüyle düzenleme yetkisine sahiptir»** derken, Anayasa'nın 7. maddesindeki düzenleme yetkisinin devredilmezliği kuralının özel kurallar gözönünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği görüşünü benimsemiştir.

Anayasa Mahkemesi, Yürütmeye yetki olma gücünü veren esasları Anayasada sayılan ayırık hallerle sınırlarken Yürütmenin klasik düzenleme yetkisini idarenin kanuniliği prensibi çerçevesinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki olarak görmüş, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda sübjektif hakları etkileyen kural koyma yetkisi bulunmadığı sonucuna varmıştır (101) ama, 2972 sayılı Mahalli İdareler ve Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunla ilgili yetki yasasının Anayasal niteliği konusunda getirdiği yorumla (102), III. Cumhuriyet'de siyasi denetimi sınırlı kalan kanun hükmünde kararnemelerin genel düzenleme tekniği olarak kullanılmasını kolaylaştırmıştır (103). Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa yargısında **«geçici koruma»** uygulamasına girmemesi, Kararname devresinin asgari zorlamalı normatif devre haline gelmesinde önemli rol oynamıştır.

Anayasa Mahkemesi, 12.3.1986 günü, 3268 sayılı **«Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri Hakkındaki Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Yetki Kanunu»**nun 2. maddesinin (a) bendinin Anayasa'nın 91. maddesine, (d) bendinin Anayasa'nın 139., 140. ve 91. maddelerine, (m) bendinin Anayasa'nın 91. maddesine; aynı kanunun 1. maddesinde yer alan **«İdari»** sözcüğünün Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali isteminde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin **«yargıya teşmili»**nde Anayasaya aykırılık görmemiştir (104).

Son bir analizde, Fransa'da pratik, Anayasal ve idari jürisprüdans Anayasasının ikili normatif iktidar teorisini pozitifleştiren 34 ve 37. maddelerini yeniden yorumlarken (105), 1982 Anayasası da aynı ka-

(101) Bk. AYM 1985/7 karar sayılı Karar. Ayrıca bk. L. Duran, «Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi?», İHİD., 1983, 1-3, s. 33 vd.

(102) Cf. T. Tan, «Kanun hükmünde kararname uygulaması», AİD., 1984, S. 4, s. 33 vd.

(103) 1, 2, 3 ve 4. Yasama yıllarında Parlamente'ye 316 adet Kanun tasarısı, 206 adet KHK verilmiş. Aynı dönemlerde KHK'lerden 65 adedi kanunlaşmış, 139 adet KHK komisyonlarda kalmış, sadece 2 adedi Genel Kurul'da reddedilmiştir.

(104) Bk. AYM. 1987/1 karar sayılı kararı ve M. Turan'ın Karşı-oyu.

(105) Cf. Le domaine de la loi et du règlement, Economica, Paris 1981 (2. éd.).

deri farklı paylaşmış; Fransa'da pratik Yürütmenin düzenleme alanını daraltırken (106) Türkiye'de genişletmiştir (107).

III. Cumhuriyet'de normlar alanında meydana gelen değişmelere **tektonik** açısından bakıldığında, düzenleme alanı tabakasının yasama iktidarı alanının üzerine kaydığı, Anayasal normlar tabakasını da yer yer örttüğü görülür (108). Olağanüstü hal rejimi ihdas eden 285 sayılı «**Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ihdası hakkında Kanun hükmünde Kararname**» bu konuda verilebilecek tipik örneklerden biridir (109).

3.2. Anayasa değişiklikleri : Anayasanın özünde saklı kayıtlamalar teorisi ve kâğıttan engeller».

Anayasa değişiklikleri, nitelikli parlamento çoğunluğunun belli prosedür ve kayıtlar çerçevesinde gerçekleştirdiği bir Yasama tasarrufudur. Anayasa değişikliği kayıtları, pozitif ve jürisprüdansiyel hukukla getirilen kayıtlardır ve bu kayıtları «kâğıttan engeller» (barrières de papier) olmaktan çıkararak Anayasa mahkemeleridir. Anayasa mahkemeleri, Anayasa ile getirilen açık kayıtlamaları genişletebilmekte ve Anayasanın özünde saklı kayıtlamalar teorisini normatifleştirilebilmektedir.

Hauriou ve Gicquel'in getirdiği, Siyasî Anayasa, Sosyal Anayasa ve İdari Anayasa ayrımı dikkate alınır, hangi Anayasa'nın maddi katılığının sağlandığı sorusu önem kazanır. Hindistan'da Federal Yüksek Mahkeme, Sistemin «**temel yapısı**» (basic structure) ile ilgili Anayasal düzenlemeleri katılaştırırken, temel hakları bu yapının bir parçası saymış ve bu alanda yapılan Anayasa değişikliklerini denetleme yetkisini kendine tanımıştır (110).

(106) Bk. J.-L. Pezant, «Loi/règlement. La constitution d'un nouvel équilibre», in Duhamel, Parodi, éds., La Constitution de la Cinquième République, op.cit., s. 342 vd.

(107) Bk. L. Duran, «Düzenleme yetkisi özerk sayılabilir mi?», İHİD., S. 1-3, 1985, s. 33 vd.; T. Tan, «Anayasa Mahkemesi kararları ışığında Yürütmenin düzenleme yetkisi», in Anayasa Yargısı, Ankara 1987, s. 203 vd. - İD., «Kanun hükmünde kararname uygulaması», AİD., 1984, s. 4., s. 45 vd.

(108) Türk pozitif hukukunda Piramidin ayakta kaldığını düşünerek bir kurallar kademelenmesi yapmak bir «gavage»dür. Contra, E. Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul, 1986, s. 75 vd.

(109) 14.7.1987 t. ve 19517 s. R.G.

(110) Bk. Yüksek Mahkemenin 1967 tarihli «**Golak Nath v. State of Punjab**» kararı. Bk. Ch. Cadoux -L'Inde : La crise politique et constitutionnelle des années 1975-1980», RDP., 1980, s. 1524 vd.; - İD., «Les droits fondamentaux de l'Individu dans la Constitution Indienne et Interprétation judiciaire», RDP., 1980, s. 544 vd.

Türk Anayasa Mahkemesi, 1965/40 karar sayılı Kararında, Anayasayı değiştirme yetkisini, Anayasa esprisi içinde geliştirmeci revizyonizmle kayıtlamış, «Anayasanın ruhuna uygun değişmeler»e imkân tanıyarak Anayasaya aykırı Anayasa normlarını iptal etmiştir. Mahkeme'nin, II. Cumhuriyet'de kurduğu «Cumhuriyet»in «özü» ya da niteliklerinin değişmezliği teorisi, 1982 Anayasası ile pozitifleştirilecektir (111).

Ancak Anayasa Mahkemesi, 17.5.1987 günlü, 3361 sayılı «7.11.1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 67, 75, 175'inci Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4'üncü Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun»un 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın 104., 175. ve geçici 9. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali isteminde II. Cumhuriyet'de yerleşik içtihadından dönerak «... Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer vermediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptal istemi bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir» gerekçesi ile işin esasına girmeden davanın reddine karar vermiş (112). Anayasa'nın özünde saklı kayıtlamalar teorisinden geri dönüş Anayasal - yasa devresi üzerinde hukuki zorlamaları asgariye indirmiştir.

3.3. Kriz Hukuku ve kazal denetimin Sıfır noktası tartışması. «Eskik Anayasa Hukuku»nu «Look behind the facts» teorisi ile tamamlamak.

«Kriz yasallığı», hak ve hürriyetler hukuki teminatını kayıtlama formülüdür (113). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinde düzenlenen kriz formülü 1982 Anayasası'nda normatif resepsiyon konusu olmuştur (114).

(111) Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasanın maddi katılığı anlayışı için bk. Y. Yayla, «Anayasa Mahkemesi'ne göre Cumhuriyetin özü», H. Timur'a Armağan, İstanbul 1979, s. 973 vd.; M. Turan, «Anayasaya aykırı Anayasa değişiklikleri», AÖMFD., 1976, 1-4, s. 63 vd.

(112) Bk. AYM. 1987/15 karar sayılı Kararı.

(113) Bk. J. Akande, States of emergency, AİDC., Paris, 1987.

(114) Cf. M. Soysal, «İnsan hakları açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Niteliği», in Anayasa Yargısı, Ankara, 1987, s. 37 vd.

1982 Anayasası'nda olağanüstü hal rejimleri için bk. E. Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1986, s. 319 vd.

15. madde ile önce, hak ve hürriyetlere getirilen kriz kayıtlamaları ve sınırları düzenlenmiştir. Kriz kayıtlamalarına getirilen sınırlar iki prensip üzerine kuruludur. İlk prensip Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükleri ihlal etmeme kaydı, ikinci prensip ise ölçülülük prensibidir. Milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler içine, Milletlerarası hukukun genel prensipleri yanında, özellikle konvansiyonel hukuktan, Devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülükler girer.

15. maddenin ikinci fıkrasında ise, açık bir dokunma yasağı ya da kriz kayıtlamalarına kapalı alan düzenlenmiştir.

Ancak hak ve hürriyetleri kayıtlayan özerk kriz kararnamelemleri Anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulmuştur (115). Bu düzenleme «Eksik Anayasa Hukuku» ya da kazai denetimin «sıfır noktası» sayılabilir mi? Hak ve Hürriyetler kriz hukukunun kilit sorunu budur.

Gerard Richard Lawless'e karşı, Devlet emniyetine karşı işlenen suçlarla ilgili İrlanda yasasının (116) idareye tanıdığı hürriyet kısıtlaması tedbirine başvurulmuş, 12 Temmuz 1957'de Lawless tutuklanmış ve habeas corpus talebi de yargı yerlerince reddedilmiştir.

Lawless, tutukluluk süresi içinde hâkim önüne çıkarılmamasının İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'nu ihlal ettiği gerekçesi ile Komisyon'a başvurmuştur.

İnsan Hakları Mahkemesi önce, 15. madde çerçevesinde «milletin varlığını tehdit eden umumî tehlike hali»nin varlığını araştırmış, İrlanda Cumhuriyeti topraklarında ve bu toprakların dışında etkinlik gösteren, amaçlarına ulaşmak için şiddet kullanan Anayasa dışı gizli bir ordunun varlığı ve 1956 sonbaharından başlayarak terörist eylemlerde görülen tehlikeli artışı tesbit etmiştir. Kısaca Mahkeme, hakları durdurmak ya da Konvansiyon'da öngörülen teminatlara aykırı tedbirler almak için gerekli şartların varlığını araştırmada kendini yetkili görmüştür.

Lawless vak'asında Mahkeme, yargısız tutuklama (internment without trial)ın durumun gerekleri ile kayıtlı bir tedbir olduğu, Mil-

(115) Bk. Anayasa m. 91/5; 121/1; 148/1.

(116) Önleyici polisin hürriyet kısıtlaması tedbirini ve yargısız tutuklama «Internment without trial» müessesesini getiren, Offences against the State (Amendment) Bill, 1940 için bk. J.M. Kelly, The Irish Constitution, University College, Dublin 1984 (2. ed.), s. 524 vd.

letlerarası hukuktan doğan diğer yükümlülükleri de ihlal etmediği sonucuna varmıştır (117).

«Kriz yasallığı» çerçevesinde olağanüstü hal fiili varlığını arayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden sonra İrlanda Yüksek Mahkemesi «**look behind the facts**» teorisi ile aynı politikayı uygulamıştır.

İrlanda Anayasası m. 28/3.3 olağanüstü hal düzenlemelerinde ve bu düzenlemeleri uygulama tedbirlerinde yargı kısıntısı getirmiş, başka kelimelerle, bu düzenlemelere karşı Anayasaya uygunluk denetimi yolunu kapamıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, Cumhurbaşkanı'nın gönderdiği, 1976 tarihli «Emergency Power Bill'i görüşürken, bu düzenlemelerin ötesinde, olağanüstü hal gereklerini araştırma yetkisini kendinde görmüştür» (118).

Hindistan Federal Yüksek Mahkemesi de, 1964 tarihli Makhan Singh v. State of Punjab ve 1977 tarihli «**Rajasthan Vak'ası**»nda, aynı mantığı kullanmış, Kriz kararlarını, **ultra vires** ve **mala fide** gibi aykırılık hallerine göre denetleme yetkisini kendine tanımıştır (119). «**Look behind the facts**» teorisinin kısa özeti budur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve İrlanda Yüksek Mahkemesi jürisprüdanseyel politikası, olağanüstü hal düzenleme ve tedbirlerinde denetimin sıfır-noktası tezine açık bir reddiyedir.

Bu durumda 1982 Anayasası ile getirilen ve yargı denetimine kapatılan özerk kriz kararlarının «**look behind the facts**» teorisi çerçevesi içinde Anayasa Mahkemesi'nce denetimine hukuki bir engel olduğunu söylemek zordur.

(117) **Lawless vak'ası** için bk. **P.O.Higgins**, «The Lawless Case», Cambridge Law Journal, 1962, s. 234 vd.; **R. Pelloux**, «L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lawless», AFDI., 1961, s. 251 vd.; **J. Velu**, «Le contrôle des organes prévus par la Convention européenne des droits de l'homme sur le but, le motif et l'objet des mesures d'exceptions dérogeant à cette Convention», in Mélanges Rolin. Problèmes de droit des gens. Pédone, Paris, 1964, s. 462 vd.

(118) Bk. **J.M. Kelly**, The Irish Constitution, op.cit., s. 162 vd.; **F.W. O'Brien**, «Judicial review in France, Switzerland, and Ireland», IPSA., Paris 1985, s. 7.

(119) Bk. **J.L. Kapur**, «An Anomaly in the Indian Constitution», JÖR, 29, s. 616 vd.; **C. Pasbecq.**, «L'inde d'une urgence à l'autre», RDP, 1977, s. 1253 vd.

SONUÇ YERİNE BİR TESBİT, BİR SORU

Son bir tesbitle, normatif devreler karşılaştırmalı analizi, liberal-demokratik sistemler pratiğinin iki formülde biçimlendiğini göstermektedir : Normatif devrelerde azalma - zorlamalarda çoğalma ve Normatif devrelerde çoğalma ve zorlamalarda azalma.

Şimdi sorulması gereken soru, bu formüllerden hangisinin, fert-merkezli Demokrasi - Hukuk devleti yeni sentezinin gereklerine uyduğu sorusudur.