

# ANAYASA'NIN HUKUKU VE ANAYASA'NIN YARGICI YENİLENEN ANAYASA KAVRAMI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR\*

## BAŞLARKEN

“Hak ve hürriyetler alanında, bizim için en kötüsü, büyük ustaların modellerini sonsuza kadar yeniden üreten, neo-klasik sanatçılara benzemek olurdu”

R. BADİNER

Fransız Anayasa Konseyi Başkanı

## HANGİ ANAYASA, HANGİ YARGIÇ?

### ANAYASAL MEKANLAR FARKLILAŞIRKEN.

Anayasa Hukuku, bugün anayasa yargıcının müdahalesi ile değişmiştir: Anayasa Hukuku, bir bölümü ile, “**İçtihadi anayasa hukuku**”dur (1). Öylesine ki bugün “**Anayasa ile kavranan Politika**”dan söz edilmektedir (2). Siyasi uzlaşmazlıkların hukuki uzlaşmazlıklar haline sokulup **kazai anayasal mekanda** (champ constitutionnel juridictionnel) çözülmesi anayasanın anlamını da yenilemiştir. Ancak bu gelişme, G. Vedel’in formülü ile “**politikanın da-**

(\*) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Değişen anayasa hukuku artık sadece tek konulu değil, en az üç konuludur: Kurumları konu alan “**Kurumsal anayasa hukuku**” (droit constitutionnel institutionnel), kaynaklar sistemi ya da normatif sistemi konu alan “**Normatif anayasa hukuku**” (droit constitutionnel normatif), temel hak ve hürriyetlerin tanınması ve korunması konu alan “**Maddi anayasa hukuku**” (droit constitutionnel substantiel) ya da Hak ve hürriyetlerin anayasa hukuku.

Cf. L. Favoreu., “**Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit**”, RFDC, 1990, s. 72 vd.

(2) Bk. D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, Montchrestien, Paris 1990, s. 350 vd.

**yanılmaz özerkliği**"ni yok etmez (3), sadece kayıtlar. Başka bir ifade ile, Anayasa ile kavranan Politikanın yanında bir de Politika ile kavranan Anayasa vardır. Anayasa, karmaşık bir zorlamalar sisteminin unsurudur ve ister istemez sosyal-siyasi güçler diyalektiği içinde yer alır.

Belki de söylenmesi gereken şudur; her anayasanın, **Roma tanrısı Janus** gibi , iki yüzü vardır: **Hukuki kimliği** ve, **Politik boyutu**. Hukuk/Politika ikiliği, her anayasanın bünyesinde var olan ikili düzenleme sisteminin sonucudur ve bu iki düzenleme biçimi arasında denge, zamana ve mekana göre değişir (4). Bugün "**Politika'nın Hukukla kavranması**" (5), sosyal-siyasi uzlaşmazlıkların düzenlenmesinde Hukukun artan rolünü gösterir.

Anayasa Mahkemelerinin kurulması ve "**Hürriyetler Şartı Anayasa**" düşüncesini şekillendiren içtihadî anayasa ya da yargıç-yapısı anayasa hukukunun gelişmesi ile anayasal şema de değişmiş, anayasal mekanlar farklılaşmıştır. Parlâmento ve Yürütme Cihazı "**siyasi toplum mekanı**"nda yer alırken, Anayasa Mahkemeleri, farklı bir mekanda "**sivil toplum mekanı**"nda yer alır (6). Belki daha doğru bir anlatımla; siyasi ve sivil mekanlar arasında yeni bir anayasal münasebet kurulduğuna göre, Mahkemeler bu iki mekanın kavuşma noktasında yer alır. Ancak bu yeni anayasal şemanın gerçekleşmesi, başka faktörlerin yanı sıra, Anayasa Mahkemelerinin yapısına, Mahkemeye ulaşma kanallarının açık ve kullanılabilir olması şartına, Mahkemelerin jürisprüdansiyel politikasına bağlıdır. Hangi anayasa sorusunu, hangi yargı sorusu ile sorduran da budur.

Bu iki mekanın kavuşma noktasının yeni adı, "**Hukuk Devleti**" dir (Etat de droit). Hukuk Devleti ,anglo saksonların "**Rule of Law**" deyimini ile eşanlamlıdır. Law, aynı zamanda Hukuk'u ve yasa'yı ifade eder. Bu iki kavram, uygunluk denetiminin gösterdiği gibi, her zaman raslaşmaz. Bu anlamı ile Hukuk Devleti, hiç de pozitivist olmayan bir düşünceyi de beraberinde getirir; siyasi çoğunluğun iradesinin üstünde normlar vardır. Anayasa Mahkemelerinin kullandığı

(3) G. Vedel, "**Le hasard et la nécessité**", Pouvoir, 1989, 50., s. 15.

(4) Bk. P. Avril, "**La Constitution: Lazare ou Janus?**", RDP., 1990, s. 949 vd.

(5) Cf. L. Favoreu, La Politique saisie par le droit, Economica, Paris, 1988.

(6) Bk. D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, op. cit., s. 369 vd.

**“Ölçü-normlar Bloku” ya da “Anayasallık Bloku”nu da bu düşünce şekillendirmiştir. (7)**

Bugün Anayasa'nın Hukuku, sadece Kurucu Babalar'ın yazdığı **“kurucu yazımlı”** anayasanın hukuku değildir. Farklı yazılan anayasalar; **“İçtihadî yazımlı anayasa”**, Avrupa Mahkemesinin yazdığı **“Haklar-şartı Avrupa Anayasası”** ve Avrupa ortak Hukuk mekanı'nın yumuşak yazımlı yasaları, Anayasa kavramını ve anayasa yargısı' anlaşışını yenilemiştir. Bugünün anayasası dünün anayasası, bugünün anayasa yargıcı da dünün anayasa yargıcı değildir. Tebliğin konusu da, bu farklılaşma ve değişmelerdir.

---

(7) Bk. S. Rials, **“Les incertitudes de la notion de constitution sous la V. République”**, RDP., 1984, s. 587 vd; G. Vedel, **“Le Conseil Constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la trans scendance des droits de l'homme”**, Pouvoirs 45, s. 149 vd.; D. Turpin, **Contentieux Constitutionnel**, PUF., Paris 1986, s. 55 vd.

## SİNOPSİS

### BAŞLIK BİR

#### YENİ ANAYASA HUKUKU VE ANAYASAL DARVİNİZM. FARKLI BİR “TREN HATTI TEORİSİ” Mİ?

1. “Plüralist bir Dünyada insan haklarının evrenselliği” ve Yeni Anayasa.
2. Cezayir Anayasa Konseyi’nden Sovyetler Birliği’nde “Anayasal Denetim Komitesi” ve “Amerikalar-arası insan hakları Mahkemesi”ne.

### BAŞLIK İKİ

#### ANAYASANIN TEKİL HALİNDEN ANAYASANIN ÇOĞUL HALİNE VE ANAYASAL DARVİNİZMİN SINIRLARI

1. Olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri ile yazılan “ÖTEKİ ANAYASA” ya da “İSTİSNA ANAYASA”
2. Farklı yazılan Anayasa ya da “İÇTİHADİ ANAYASA”
3. Milli-Üstü Hukuk’a bağlılık: KONVANSİYONEL YAZIMLI ANAYASA VE YUMUŞAK ANAYASA.
4. Milletlerarası anayasa hukuku kapıyı nasıl çalar? Ya da Türk Anayasa Mahkemesinin 1988/3 karar sayılı kararını düşünürken.

### BAŞLIK ÜÇ

#### İÇTİHADİ YAZIMLI ANAYASALAR ARASINDA KARŞILIKLI ETKİ VE FARKLI YAZILAN ANAYASALARIN SINIRI YA DA

“Yerindelik denetimi” üzerine.

1. Avrupa Mahkemesi jürisprüdansı ile milli anayasal jürisprüdanslar arasında karşılıklı etki.
2. Farklı yazılan anayasaların sınırı ya da “Yerindelik denetimi” üzerine.

## BAŞLIK DÖRT

### ANAYASA YARGISININ TEKİL HALİNDEN ANAYASA YARGISININ ÇOĞUL HALİNE

1. Konvansiyonel koruma Hukuku ve milli koruma hukukları. Bir "Süper Mahkeme"yi düşünürken.
2. "Konvansiyonel Koruma Hukuku"nun Sınırları. Belilos Vak'asından Sargın & Yargı Vak'asına.
3. Milletlerarası Hukuk kapıyı çalarken İdare Mahkemeleri: Yeni anayasa yargıçıları mı?
4. Başkan Saja Vak'ası ve "de Becket" etkisi. Anayasa Mahkemelerinin yapısı üzerine.

## BİTİRİRKEN

### İNSAN HAKLARI YENİ İDEOLOJİSİNİN HUKUKİ NORMATLARI VE KORUMA MEKANİZMALARI KURULURKEN BİR "DEMOKRAT"IN ROLÜ.

1. Anayasa düşüncesinde "Çoğul hal"; İnsan hakları yeni ideolojisi.
2. Yeni "anayasal söylev"; Bir "demokrat" tereddüt edebilir mi?

## BAŞLIK BİR

### YENİ ANAYASA HUKUKU VE ANAYASAL DARVİNİZM. FARKLI BİR “TREN HATTI TEORİSTİ” Mİ?

#### 1. “Plüralist bir Dünyada insan haklarının evrenselliği” ve Yeni Anayasa.

Anayasa yargılamasının, Fransa’da, en iyi uzmanlarından biri olan L. Favoreu, “**Yeni anayasa hukuku**”nun artık, doğu ülkeleri ve güney ülkelerinde uygulanamaz sadece batı ülkelerinin hukuku olmaktan çıktığını yazmıştır (8).

Halk Demokrasilerinde, Cezayir sistemi gibi “**Üçüncü Dünya siyasal-anayasal sistemleri**”nde görülen değişimler ya da yeniden yapılanma arayışları, aynı anayasacılık, aynı demokrasi anlayışına yönelildiğini göstermektedir (9). Başka bir ifade ile, yirminci Yüzyılın son günleri, “**Anayasal darvinizm**”in ilk günleridir. Öylesine ki, “**Amerikalar-arası İnsan Hakları Mahkemesi**” “**Velasquez Honduras’a karşı Davası**”nda verdiği 29 Temmuz 1988 tarihli kararında (10), Strasbourg Mahkemesi İçtihadına açıkça yol-lama yapmıştır.

Hukuk Devleti ve plüralizmi kurma talepleri, liberal ve kapitalist sistemlerin bir özelliği olmaktan çıkmıştır. Bu taleplerin ifade edildiği mekanlarda bir anayasa yargılaması mekanizması kurulması da istenmiştir; sadece anayasal mimariyi tamamlamak için değil ama, Hukuk Devletini gerçekleştirme ve koruma şartı olduğu için (11).

(8) Bk. L. Favoreu, “**Droit de la Constitution...**”, op. cit., s. 88-89.

(9) “**Totalizmlex**”in çözülmesi ve demokratikleşme hareketleri için bk. Pouvoirs, 52, 1990; Les mutations a l’Est, Le Monde, no spécial, novembre 1990.

(10) Bk. G. Cohen-Jonathan, “**Cour interamericaine des droits de l’homme. L’Arrêt Velasquez**”, RGDIP., 1990, s. 455 vd.

(11) Bk. L. Favoreu, “**Droit de la Constitution**”, op. cit.

Ancak, not etmek gerekir ki, Anayasa Mahkemeleri sadece hak ve hürriyetleri koruma mekanizmaları, **“Hukuk Devleti’ni gerçekleştirme ve koruma şartı”** değil ama, aynı zamanda, sosyal-siyasi çatışmaları hukukla çözme mekanizmalarıdır. Amerika Birleşik Devletlerinde, azınlıklar, özellikle de, **“Renkli Sorunu”**nu çözen Yüksek Mahkeme olmuştur (12). SSCB’de bir **“Anayasal Denetim Komitesi”** nin kurulması politik ya da etnik azınlıklar probleminin çözüm arayışlarının sonuçlarından biridir.

Ve bugün, İnsan haklarının evrenselliği’ni düşünürken, bu evrenselliği, farklılıkları silmeden, **“Plüralist bir Dünya’da evrensel-lik”** olarak düşünmek gerekir (13).

Bu formül, sosyal gelişme gerçekleşinceye kadar, ertelenen ya da daraltılan demokrasi anlayışını getiren, **“Gelişmeci tezler”** in olduğu kadar, demokrasi düşüncesini belli bir Kültüre bağlayan ve bu kültür dışında kalan mekanlarda **“farklı demokrasi”** ya da farklı yönetim sistemini doğrudan **“Kültüralist”** ya da **“Yeni - kültüralist”** tezlerin de reddidir (14).

## 2. Cezayir Anayasa Konseyi’nden Sovyetler Birliği’nde **“Anayasal Denetim Komitesi”** ve **“Amerikalılar-arası insan hakları Mahkemesi”** ne.

Cezayir Anayasa Konseyi Avrupa Yargıcın’ın metod ve kavramlarını kullanırken Cezayir’in taraf olduğu insan hakları ile ilgili milletlerarası sözleşmeleri de Anayasalık Bloku içine sokmuştur.

**“Öteki Avrupa”** ya da **“Demokratür”** larda ilgi çekici bir laboratuvar tecrübesini başlatan Sovyetler Birliği Anayasal Denetim Komitesi de, Cezayir Anayasa Konseyi ile aynı çizgide, SSCB’nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili andlaşma ve uluslararası belgelere anayasal değer tanımıştır.

(12) Cf. M. France Toinet, *La Cour Supreme: Les grands arrêts*. Presses Universitaires de Nancy, Nancy, 1988, s. 147 vd.

(13) Bk. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’nin, Nisan 1989 yılında düzenlediği Kollokyum: **“Plüralist bir Dünyada insan haklarının evrenselliği”**. Cf. R. Badinter, **“L’Universalité des droits de l’homme dans un monde pluraliste. Un résumé des faits et des idées”**, RUDH., 1989, s. 1 vd.

(14) Gelişmeci ve kültüralist tezler için bk. B. Badie, **“Je dis Occident: Démocratie et développement”**, Pouvoirs, 52, 1990, s. 43 vd.

Velasquez Kararı ise Atlantik ötesi “**Amerikalar-arası**” Mahkeme ile Strasbourg Mahkemesi arasında hendeklerin dolmakta olduğunu gösteren tipik bir karardır.

Bütün bu gelişmelerin diri açımı’nı (vivisection) yapmak zor olsa da, yine de şu söylenebilir: Anayasaların “**içtihadî yazım**”ı, klasik marksizm ve liberalizmin dışında, üçüncü bir ideoloji “**İnsan hakları yeni İdeolojisi**”nin pozitif temelini kurmaktadır. Başka bir ifade ile “**İnsan hakları Etik’i**”, hakların hukuki yazımının maddi temeli olmuştur (15).

### 2.1. Cezayir Anayasa Konseyi. Farklı bir “yasallık” mı?

23 Şubat 1989 tarihli Anayasa ile kurulan ve statüsü Anayasa m. 153 ve devamında düzenlenen “**Cezayir Anayasa Konseyi**” (16), 20 Ağustos 1989 tarihli ilk kararında, seçim yasasının bazı kurallarını, ayrımcılık yasağının ihlali gerekçesi ile anayasaya aykırı bulmuştur. Anayasa Konseyi bu ilk kararında, seçme ve seçilme haklarına getirilen kayıtlamalarda, Demokratik bir toplumda Anayasa ile tanınan hak ve hürriyetleri korumak ve etkili kullanımını teminat altına almak için zorunlu kayıtlamalar olma şartını aramış, ve kayıtlamaların hak ve hürriyetlerin özüne dokunamayacağını da açıkça ifade etmiştir.

Mahkeme kararında, Cezayir’in taraf olduğu Konvansiyonların, Anayasanın 123. maddesine göre, yasa-üstü değere sahip olduğunu tesbit ettikten sonra “**ayrımcılık yasağı**” getiren 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Paktlarını ve “**İnsan ve halkların hakları Afrika Şartı**” nı (17) ölçü-norm olarak kullanmıştır (18).

Ancak, anayasa yargılaması mekanında yeni bir tecrübe olan Cezayir Anayasa Konseyi’ni düşünürken, bir İspanyol anayasa hukukçusu, Antonio Colomer Viadel’in uyarısını da hatırlamak gerekir: “**Anayasal metinleri değerlendirirken, tarihi toplumlarda, sosyal güçler diyalektiğine yabancı, ideal normlu bir evrenin hukuki şizofrenisine kapılınabilir**” (19). Cezayir anayasal sis-

(15) Cf. F. Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, PUF, Paris, 1989, s. 9 vd.

(16) Cezayir Anayasa Konseyi Statüsü için bk. RUDH, 1989, s. 512 vd.

(17) Bk. Afrika Şartı, m. 2., m. 3. için bk. RUDH, 1989, s. 484 vd.

(18) Karar metni için bk. RUDH, 1989, s. 278 vd.

(19) A.C. Viadel, “**La valeur du fait constitutionnel dans les Etats ibéro-américains, in La suprématie de la Constitution, Académie Internationale de droit constitutionnel, Recueil des cours**” I., Tunus, 1987, s. 225 vd. İktidarı kötüye kullanma pratiklerinin arkasına saklandığı “**Büyüleyici**” unsur olarak Hukuk Devleti formülü için bk. Yahd Ben Achour, “**Droit et changement social. L’Exemple tunisien**”, RDP?, 1989, s. 153 vd.

temi üzerinde çalışan Bernard Cubertafond da (20), Cezayir’de anayasa yargıçlarının hangi yasallığa öncelik tanımak zorunda kalacakları sorusunu sormuştur: Liberal plüralist sistemlerin yasallığı mı yoksa milliyetçi ya da islâmci yasallık mı? (21). Devlet Başkanı da, gelenekçi-islâmci ahlaka uygun, ancak **“batı normları”**na aykırı yasaları sürekli olarak Anayasa Konseyi’ne götürecektir ya da götürebilecek midir? (22)

Bütün bu sorular, **“hukuki kategoriler”**in ve daha da genelde Hukukun, siyasi güçlerin mücadelesine göre şekillenen bir sosyal kullanımı olduğunu gösterir.

## 2.2. Sovyetler Birliğinde “Anayasal Denetim Komitesi”: Sosyalist yasallık anlayışı değişirken.

Sovyetler Birliği’nde, üyeleri 26 Nisan 1990 da atanan **“Anayasal Denetim Komitesi”**, bir aydan kısa bir süre içinde beş kere **“iç - tahrik”** yolu ile (autosaisine) (23), Birlik ve federe cumhuriyetlerin temel yasalarını ve Başkanın ordonanslar’ını denetim alanına sokmuş, SSCB’nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili milletlerarası anlaşmaları da ilk **“sonuç”**unda (ya da kararında) Anayasallık Blokuna dahil etmiştir. (24)

SSCB Başkanı işlemlerinin ilk anayasallık denetimi ile ilgili kararında Anayasal Denetim Komitesi, 20 Nisan 1990 tarihli Başkanlık ordonansı’nın Anayasaya aykırı bulmuştur. (25)

Denetim Komitesi, Moskova’da kitle gösterilerini düzenleyen ordonansın yasama alanına girdiğini tesbit etmiş, ordonansların Ana-

---

(20) Cf. B. Cubertafond, La République algérienne démocratique et populaire, PUF., Paris 1979.

(21) Bu konuda özellikle bk. B. Badie, Les deux Etats, Fayard, Paris 1986;—ID. Politique Comparée, PUF., Paris 1990, s. 187 vd.

(22) Bk. B. Cubertafond, **“L’Algérie en quête de démocratie”**, Pouvoirs, 52, 1990, s. 120 vd.

(23) Komiteye, anayasa davası tahrik edebilme hukuki imkanı, 23 Aralık 1989 tarihli Anayasa’ denetim üzerine Yasa’nın 13. maddesi ile getirilmiştir.

(24) Bk. P. Gélard **“L’Actualité constitutionnelle en URSS”**, chronique, in RFDC., 1990, 3, s. 517 vd.

(25) Bk. P. Gélard, **“L’Actualité constitutionnelle en URSS”**, chronique, in RFDC., 1990, 4, s. 747 vd.

yasa ve SSCB yasalarının Uygulama işlemleri olduğu, anayasal ya da yasal temele dayanmaları gerektiği sonucuna varmıştır.

Denetim Komitesi, 13 Eylül 1990 tarihli kararında, 1 sayılı kararla başlattığı jürisprüdansı sürdürmüş, SSCB'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili andlaşma ve uluslararası konvansiyonlara anayasal değer tanımıştır.

Komite, Sivil ve siyasi haklarla ilgili Milletlerarası Pakt'ın 14. ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11. maddesinde tanınan "**masumluk karinesi**"ni, denetimde ölçü norm olarak kullanmış, ceza ve usul yasalarının kimi düzenlemelerinin Anayasaya aykırı olduğu "**sonuç**"una varmıştır (26).

Aynı anayasacılık, aynı demokrasi anlayışı şeklinde özetlenen "**anayasal darvinizm**"i, klasik pozitivizm ve marksizmin değişmez son durağı olan "**Tren hattı teorisi**"nden farklı düşünmek gerekir.

Anayasal sistemlerin kurucu unsurları Sivil Toplum ve Devlet'dir. Ve bu unsurların yapısı aralarındaki münasebet de zamana ve mekana göre farklı kurulur.

---

(26) Ibid.

Denetim Komitesi'nin bu kararları, Sosyalist yasallık anlayışının değişmekte olduğunu gösteren tipik örneklerdir.

## BAŞLIK İKİ

### ANAYASANIN TEKİL HALİNDEN ANAYASANIN ÇOĞUL HALİNE VE ANAYASAL DARVİNİZMİN SINIRLARI

Bugün anayasanın birden çok yazımı olduğu söylenebilir. Farklı yazımlı anayasaların varlığı, aşırı idealist klasik şemayı değiştirir, anayasaları katı anayasalar olmaktan da çıkartır.

Anayasa Mahkemelerinin kurulduğu sistemlerde, “**Kurucu Babalar**”ın yazdığı, “**kurucu yazımlı anayasa**”nın yanında, farklı yazımlı ya da “**İçtihadi yazımlı**” ikinci bir anayasa daha vardır.

Avrupa Anayasa Mahkemelerinin temel hakların korunması ile ilgili içtihatları büyük sayılara ulaşmıştır. İtalyan Anayasa Mahkemesi bugüne kadar 4000 karar vermişken bu sayı Karlsruhe Mahkemesinde 50.000’e yakındır. Avrupa Mahkemesi de, Fransız Anayasa Konseyi’ne yakın sayıda, 200 karar vermiştir (27). İçtihadi yazımlı anayasaları bu kararlar meydana getirir.

İçtihadi yazımlı anayasaların yanında, bugün, İnsan hakları Avrupa Mahkemesi ve Topluluk Mahkemesinin yazdığı “**Haklar-Şartı Anayasa**”da vardır. İçtihadi yazımlı anayasalarla, “**Haklar-Şartı Anayasa**” arasında uzlaşma ya da bütünleşmeler “**Ortak Hukuk Düşüncesi**” gündeme getirmiştir.

Avrupa Hukuk mekanında “**Ortak Hukuk Düşüncesi**”, “**Milletlerarası Hukukun yumuşak-yasaları**” (Softlaw de droit constitutionnel), özellikle de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı nihai Belgesi ve izleme toplantıları belgelerinde de görülür.

(27) Bk. L. Favoreu, “**Les libertés protégées par le Conseil Constitutionnel**”, in D. Rousseau, F. Sudre, ed., Conseil Constitutionnel et Cour Européenne des droits de l’homme. Droits et libertés en Europe, STH., Paris 1990, s. 33 vd.  
Türk Anayasa Mahkemesi ise, sadece 1988 yılı içinde 37 karar vermiştir.

Türk anayasal sisteminde ise, bu farklı yazımlı anayasalara, olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri ile yazılan “**Öteki Anayasa**” ya da “**İstisna Anayasa**”yı da eklemek gerekecektir. Eğer bu yapılırsa, o zaman, soru da şu olacaktır.: Öteki Anayasa, “**İçtihadi Anayasa**” ve “**Ortak Hukuk Düşüncesi**” nasıl birlikte yaşar?

Anayasanın tekil halinden çoğul haline geçişin gündeme getirdiği en önemli sorun da, herhal de, budur.

### 1. **Olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri ile yazılan “ÖTEKİ ANAYASA” ya da “İSTİSNA ANAYASA”.**

#### 1.1. Olağanüstü hal anayasacılığında anayasaların yazımında kullanılan teknikler.

Olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri, sosyal-siyasi kriz ya da uzlaşmazlıkların sivil toplumdan kaynaklanan güçlerce çözülememesi durumunda, bu mekan dışında yapılaşan gruplarca çözümlenmesinde kullanılan tekniklerdir.

Olağanüstü hal anayasacılığında, anayasaların yazımında kullanılan teknikler şematik olarak üç ana kategoride toplanabilir (28): Kurucu işlem ve Statüler, geçici maddeler ve olağanüstü hal düzenlemeleri teknikleri. Türkiye’de, 12 EYLÜL HUKUKU’nda bu üç teknik de kullanılmıştır. 1982 Anayasası’nın yanında “**ÖTEKİ ANAYASA**” YA DA “**İSTİSNA ANAYASA**”nın varlığı, olağanüstü hal anayasacılığının kalıntısıdır.

Kurumsal işlem ya da statüler tekniği, Türkiye’de, 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı “**Anayasa Düzeni hakkında Kanun**” (29) Milli Güvenlik Konseyi işlemlerinin yürürlükteki 1961 Anayasası hükümleri ile çelişmesi durumunda, bu işlemlerin anayasa değişikliği sayılacağı kurulumu getirmişti (m. 6). Başka bir ifade ile, 12 EYLÜL HUKUKU iki yasallık arasında bir sembiyoz sistemi, ortak yaşama hali getirmişti.: Olağan yasallık ya da eski yasallık ve olağanüstü yasallık ya da yeni yasallık. Bu çift yumurtalı yasallık anlayışı 1982 Anayasasının geçici 15. maddesi ile de korunmuştur.

Ekleme gerekir ki, olağanüstü hal anayasacılığının bu ilk tekniği, Şili’de kullanılmış, 1925 tarihli Anayasa yürürlükte iken, 1973-

(28) Cf. A.C. Viadel, “**La valeur du fait constitutionnel...**”, op. cit., s. 225 vd.

(29) 28 Ekim 1980 t. ve 17145 s. RG.

1980 tarihleri arasında çıkartılan kanun hükmünde kararnamelerle Anayasa tadil edilmiştir. Kurumsal işlem tekniği, Arjantin'de 24 Mart 1976 ertesinde, 1976 da Ekvator'da da kullanılmıştır (30).

Olağanüstü hal anayasacılığında kullanılan ikinci teknik, Anayasaya geçici madde ekleme ve bu yolla kriz yasallığını koruma tekniğidir.

1982 Anayasası geçici 15. madde son fıkra hükmüne göre, 12 Eylül 1980 tarihinden başlayarak TBMM Başkanlık Divanının kurulduğu 6 Aralık 1983 tarihine kadar **"... çıkartılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni hakkında Kanun uyarınca alınan kararlar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez"**. Kısaca, 12 EYLÜL HUKUKU yargı kısıntısı ya da bağışıklığından yararlanır. Ve eklemek gerekir ki, bu dönemde toplam 883 yasama işlemi çıkarılmıştır ve bu dönemde çıkarılan yasaların büyük bölümü, Sendikalar, Siyasi Partiler ve Seçim yasaları, Olağanüstü hal yasaları... gibi, madde anlamı ile organik yasalardır (31)

Anayasa Mahkemesi, 12 EYLÜL HUKUKU'nun çift yumurta ya da çekirdekli yasallık anlayışının Anayasanın geçici 15. maddesi ile korunmak istendiğini açıkça ifade etmiştir. Mahkemeye göre **"... Anayasa koyucunun, geçici 15. madde kuralı ile, Milli Güvenlik Konseyi ve Danışma Meclisinin yasama yetkisini tek başına veya birlikte kullandığı dönemde kabul edilen bütün kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufları Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışında tutmak amacıyla olduğu anlaşılmaktadır."** (32)

Olağanüstü hal anayasacılığında kullanılan üçüncü teknik, kriz düzenleme ve uygulamalarına yargı kısıntısı getirme tekniğidir. 1982 Anayasası'nın 148. maddesine göre, kriz kararnamelerine karşı, şekil ve esas bakımından, Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz. Sıkıyönetim Kanununda 14.11.1980 tarih ve 2342 sayılı kanunla yapılan değişlikle getirilen Ek madde 3'e

(30) Viadel, op. cit., s. 246 vd.

(31) Bk. N. İnan, C. Ozansoy, "12 Eylül ve yasaları", Cumhuriyet, 13.5.1986; Z. Üskül, Türkiye'nin Anayasa sorunu, İstanbul 1990, s. 30 vd.; Y. Alicendioglu, Anayasa Mahkemesinin 1990/25 karar sayılı Kararına ekli karşı-oy.

(32) Bk. 1990/25 karar sayılı Karar.

göre: **“Bu kanunla sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetki-lerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmaz”**; kısaca idari yargı yolu kapalıdır (33).

Yargı kısıntısı getiren bu tür düzenlemeler, **“anayasal söz”** (la parole constitutionnelle) üzerinde rekabet yapısında bir değişmeyi de birlikte getirir: yasanın **“söz”**ünü yasakoyucu söyler, Anayasa Mahkemesi ise **“söz”** üzerinde rekabet yapısının dışında kalır(34). Türk Anayasa Mahkemesi 1990/25 karar sayılı Kararında bu düşüncüyü tescil etmiştir ama, Danıştay tartışma konusu yapmıştır.

Son bir analizde, 1982 Anayasası'nın bünyesinde, olağanüstü hal teknikleri ile yazılan ve yargı bağımsızlığından yararlanan ikinci bir anayasa, **“İSTİSNA ANAYASA”** daha vardır.

### 1.2. **“Anayasal söz” üzerinde rekabet yapısında değişmeler, ya da adı konmamış, “Yargıçlar Savaşı”.**

Anayasa Mahkemesi, itiraz yolu ile önüne gelen, Ceza Kanunu ile ilgili bir davada verdiği 1990/25 karar sayılı Kararında (35); **“Geçici 15. maddede yer alan düzenlemeler, Anayasa’da yer alan genel hukuk ilkelerinin istisnasını oluşturan... ulusal uzlaşmalarla ilgili siyasal ağırlıklı kurallardır”** sonucuna varmış, **“ÖTEKİ ANAYASA”** ya da **“İSTİSNA ANAYASA”** nın varlığını kabul etmiştir. Yargıda öz-kayıtlama'nın (Judicial self-restraint) tipik örneklerinden birini teşkil eden kararda Anayasa Mahkemesi, 12 EYLÜL YASALARI'nın yorumunda da farklı bir metod kullanmıştır. Mahkemeye göre **“Yasalar herşeyden önce sözü ile uygulanır... Yasa kurabının günün sosyal ve ekonomik gerekleri ile çeliştiği samılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulamak hukukun gereğidir, bazı düşünce ve gerekçelerle bu kurabın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışıl-**

(33) Cf. E. Özbudun, Türk anayasa hukuku, Ankara 1989 (2. baskı), s. 338-339

(34) Anayasal söz üzerinde rekabet'in yapılanması ve bu yapılanmada değişimler, Anayasa yargılamasına **“politist”** yaklaşımların ilgi alanıdır.

Bu konuda bk. B. François, **“Le juge, le droit et la politique: Eléments d'une analyse politiste”**, RFDC, 1990, 1, s. 49 vd

(35) Bk. 30 Kasım 1990 t. ve 20711 s. RG. Karar günü 16.10.1990

**ması, aslında yasada olmayanı yasaya yakıştırmak ve yorum yolu ile yasakoyucunun yerini almak demek olur”(36)**

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve bu kararda kullandığı yorum metodu, 1989/4 karar sayılı Danıştay kararına açık bir reddiyedir ve henüz adı konmamış bir **“Yargıçlar Savaşı”**nı da başlatmıştır. Gerçekten de adı geçen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararına göre **“... yasalarda yer alan kuralların... toplumsal gelişmeye ve üst hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerekir... Bu nedenlerle ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında ve olağanüstü bir yönetim döneminde yürürlüğe giren (1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan hükmün) anlamının amaçsal bir yorumla ve (Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları ile ilgili milletlerarası sözleşmeler) ve Anayasa ilkeleri göz önünde bulunarak belirlenmesi gerekir.”** (37)

Anayasa Mahkemesi kararı ve Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu kararı birlikte okunursa, **“Anayasal söz”** üzerinde rekabet yapısında önemli değişiklikler görülür.

Ekleme gerekir ki, III. Cumhuriyet Anayasa Mahkemesi kararlarında, judicial self-restraint teorisi uygulamalarında genişlemeler olmuştur.

Mahkemeye göre **“Eksik düzenleme, anayasal zorunluluk (anayasanın düzenlenmesini zorunlu kıldığı bir konudaki boşluk) dışında, aykırılık oluşturmaz (1989/4). Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırı bulduğu yasaları iptal ederek yürürlükten kalkmasını sağlar. Yasakoyucu gibi davranarak yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm kuramaz... bir kuralın uygulama alanının genişletilmesi amacıyla değiştirilmesini sağlamak için de iptali istenilemez”** (1989/4).

Yine Mahkemeye göre **“Siyasi düşünce suçunun mevzuatımızda kabulü ve Anayasaya aykırılık savları konu dışıdır”**

(36) II. Cumhuriyet de Anayasa Mahkemesi, sadece yasakoyucunun değil ama Anayasa koyucunun yerini almakla da suçlanmıştır. Bu konuda tipik bir örnek, Anayasa Mahkemesinin, Anayasanın 30. maddesini yorumladığı karardır.

Bu konuda bk. N. Kunter Muhakeme hukuku dahil olarak Ceza mahkemesi hukuku İstanbul 1978 (6. bası), no. 364.

(37) Bk. Danıştay, 1989/4 karar sayılı Karar, 9 Şubat 1990 t. ve 20428 s. RG.

**kalmaktadır. Yasaların daha uygun, daha doyurucu, daha uygar kural taşımaları dileği kimi sakıncalı uygulamaya yol açtığı görüşleri anayasaya aykırı oldukları anlamına gelmez. İtiraz konusu kuralın suçların türünü esas alması, siyasi düşünce suçlarını kapsamayı eleştirisi, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi görevinin sınırlarını aşıp yerindelik denetimine girmesi sakıncalarını getirir” (1989/27).**

Kısaca, “**yasayı sözü ile uygulamak**”, Mahkemenin, yasa-koyucu gibi davranma ve yerindelik denetimine girme gibi “**sakıncalar**”a karşı getirdiği bir korkuluktur ama, yerindelik denetiminin nerede başlayıp nerede bittiği sorusu da henüz cevaplandırılmamış bir sorudur. (38)

Ancak bu sınır doğru çizilmezse, Anayasa yargısının “**The Day After**”ı yaşanır.

## 2. Farklı yazılan Anayasa ya da “İÇTİHADİ ANAYASA”.

### 2.1. Politik ve Sosyal Anayasaların farklı yazımı üzerine.

Yargıcın yazdığı anayasanın üç taşıyıcısı olduğu söylenebilir: Bir Hukuk düşüncesi, ya da Demokrasi anlayışının maddileştirilmesi (39), hak ve hürriyetlerin teminatı, hak ve hürriyetlerin tanınmasına açık bir mekan yaratılması(40). Bu mekanda, Anayasa Mahkemelerince haklara sahip olma hakkının tanınması, sonucu önceden bilinemeyen bir macerayı da başlatmıştır (41).

M. Hauriou'nun kullandığı anlamda “**Politik Anayasa**” (42), kamu iktidarlarını düzenlerken, “**İçtihadî Anayasa**”, önce Sivil toplumu düzenler, muhtariyetini korur. İçtihadî anayasanın gelişmesi, anayasaya bakış açısını da değiştirir: Anayasaya, Devletden bakmak yerine, Sivil toplumdaki bakmayı getirir. Başka bir ifade ile her anayasanın “**Politik**” ve “**Sosyal**” iki boyutu vardır ama, bugün, ikinci boyut, sosyal boyut öne çıkmıştır.

(38) Bk. ilerde “**yerindelik denetimi**” ile açıklamalar.

(39) Bu konuda bk. B. Çağlar, “**Anayasa Mahkemesi kararlarında Demokrasi**”, in Anayasa Yargısı, Ankara 1990, s. 57 vd.

(40) Bk. D. Rousseau, “**Une résurrection: La notion de Constitution**”, RDP, 1990, s. 5 vd.

(41) Cf. C. Lefort, *Essais sur la Politique*, Seuil, Paris 1986, s. 51 vd.

(42) Maurice Hauriou, *Droit constitutionnel*, Paris 1929, s. 624 vd.

Her iki anayasanın yazımı da farklıdır. İlki, Politik Anayasa "**Kurucu yazım**"la gerçekleşirken, ikincisi, Hak ve hürriyetler Şartı-Anayasa, "**İçtihatî yazım**"la gerçekleşir.

Anayasa Mahkemelerinin anayasal normları, yorumlama-yaratma işlemini açıklarken, D. Rousseau, Freud'un babayı öldürme mitosu'nu kullanır: Anayasa yargıçları yazılı anayasa kurallarını önce öldürür, sonra, çok kere "**Kurucu Babalar**"ın yerine geçip, içtihatla yeniden yaratır (43).

Ancak anayasa mahkemeleri, anayasal normların tek yorumlayıcısı değildir ve bir "**anlam arzı piyasası**" içinde yer alır. Ve bu piyasada anlam üreticiler arasında mücadele, eşit bir mücadele değildir. Bunun içindir ki, "**Hukukun yeniden yazımı**" değişen siyasi güçler dengesine göre farklılaşır (44).

Anlam arzı piyasasına giren üreticiler, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açan parti ya da parlamenterler, dava konusu ile ilgili sivil toplum kuruluşları, dernek ve sendikalar, itiraz yolunun kabul edildiği sistemlerde dava mahkemeleridir (45).

Anlam arzı piyasasının darlığı ya da genişliği, Anayasaların sivil toplum anlayışı ile yakından ilgilidir. 1982 Anayasakoyucusunun iptal davası açma hakkında dar kapı politikasının bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir (46).

---

(43) Anayasa Mahkemelerinin yorumlama-yaratma işlemi için bk. "**Anayasal normlar hiyerarşisi ve temel hakların korunmasında fonksiyonu**", Avrupa Anayasa Mahkemeleri 8. Konferansına sunulan tebliğler, in RUDH, 1990, no. 6-8.

(44) Bu konuda bk. Ph. Jestaz, "**La jurisprudence: Reflexions sur un malentendu**", D. 1987, sh. 3.

(45) İtiraz yolu konusunda karşılaştırmalı bir analiz için bk. A. Pizzorusso, "**Un point de vue comparatiste sur la reforme de la justice constitutionnelle française**", RFDC, 1990, 4, s. 659 vd.

(46) Bu konuda karşılaştır; 1961 Anayasası m. 149, bu maddede 20.9.1971 tarih ve 1488 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ve 1982 Anayasası m. 150.

İptal davası açma hakkında görülen bu daralmalar, anlam arzı piyasasında daraldığını gösterir. Oysa II. Cumhuriyet'te 1961 seçimlerine girmeyen TİP'in, kapatıldığı tarihe kadar açtığı davalarının oranı, siyasi partiler başvuruları genel toplamı içinde % 23. ün üstündedir.

Bu konuda bk. A. Ünsal, Siyaset ve Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1980, s. 152 vd.

## 2.2. “Kısmi yasama organı” Anayasa Mahkemeleri ya da “Yorumun gerçekçi teorisi”

“Amerikan-merkezli anayasa düşüncesi”nin sınırları.

### 2.2.1. “Yorumun gerçekçi teorisi” ve Kısmi yasama organı Anayasa Mahkemeleri.

Anayasa hukuku içtihadi hukuk olduğu ölçüde, yorum teorileri de önem kazanmakta, doktrinal tartışmalarda özellikle çağdaş Amerikan doktrininde görülen gelişmeler etkili olmaktadır (47).

Bugün demokratik prensipler karşısında anayasa yargısını ve içtihadi anayasayı meşrulaştırmakta kullanılan teorilerden biri de “Yorumun gerçekçi teorisi” (theorie realiste de l’interpretation) dir (48).

Bu teoriye göre genel iradenin ifadesi olan yasa, birden çok kısmi organca yapılır ve bu organların ifade ettiği irade genel iradeyi meydana getirir. Bu kısmi organlardan biri, çok kere bir siyasi blok meydana getiren Parlamento ve Hükümet ikilisidir. Diğer kısmi organ ise Anayasa Mahkemelerine başvurma yetkisine sahip otoriteler ve Anayasa Mahkemesi’nin meydana getirdiği bütündür.

Fransız Anayasa Konseyi, 23 Ağustos 1985 tarih ve 85-197 sayılı kararında bu teze yakın bir formül kullanmıştır; yasa “**anayasaya uygun olduğu ölçüde genel iradeyi ifade eder**” (49). Bu anlamda, yasanın anayasaya uygunluğunu denetlemek, genel iradeyi ifade edip etmediğini denetlemektir. Anayasa Mahkemelerini, Kelsen’in kullandığı formülle “**Kısmi-yasama organı**” yapan da bu özelliktir.

Türk Anayasa Mahkemesi de, 1982 Anayasası’nun 153. maddesinin son fıkrasını yorumlarken “**Yasama organı, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından sonra aynı konuda yeni bir yasa yaparken Anayasa Mahkemesi kararının iptal gerekçesinde**

(47) Bu konuda özellikle bk. F. Michaut “L’inscription de la décision judiciaire dans un système juridique. Réflexions sur l’évolution de la doctrine américaine contemporaine”, RDP., 1986, s. 1009 vd.

(48) Cf. M. Troper, “La théorie de l’interprétation et le problème de la supralégalité constitutionnelle”, in Mélanges Charles Eisenmann, Cujas, Paris 1974, s. 133 vd.

(49) Bk. L. Favoreu, L. Philip, Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel, Sirey. Paris 1989, s. 631 vd.

**gösterilen iptal nedenlerini dikkate almalıdır. Anayasa Mahkemesi kararlarıyla bağlılık, özellikle yasama organı yönünden, Anayasa Mahkemesinin kararlarındaki iptal gerekçesiyle de bağlılığı gösterir**” sonucuna varmıştır. Mahkemenin bu kararı, karar alma ya da kanun koyma sürecine Yargı müdahalesinin tipik örneklerinden biridir (50).

### 2.2.2. **Anayasa Mahkemeleri ve zorlama Şebekesi. “Amerikan-merkezli düşünce” sisteminin Sınırları.**

Anayasa Mahkemeleri bir zorlamalar ağı ya da şebekesi içinde yer alır. Zorlamalardan anlaşılması gereken de Anayasa Mahkemelerinin hesaba katmak zorunda kaldıkları siyasi-hukuki veriler bütünüdür. (51) Kamu oyunun ağırlığı, yargıçların partilerle olan yakınlıkları ya da mesleki ideolojileri hukuk-ötesi zorlamalar içinde yer alır.

Zorlamalar şebekesi, basit bir ayrımla iki ana kategoride düşünülebilir: Dış-zorlamalar ve İç - zorlamalar. Bu zorlamalar bütünü içinde en açık görünenleri de **“Dış zorlamalar”dır**. Yargıç diğer otoritelerin tepkisini dikkate almak zorundadır. Bu tepkiler içinde en güçlü olanı, belki de, yargıcı etkisizleştiren anayasa değişiklikleridir. Ancak Anayasa Mahkemelerinin bu tepkiyi dengiyle karşılama imkanı da vardır. Anayasa değişikliklerinin Anayasa uygunluğunu denetlemek gibi. Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkemenin New-Dael döneminde, bir süre, bu eğilimde olduğu bilinir. 1967 yılında Hindistanda Yüksek Mahkeme, **“L. C. Golak Nath v. Punjab”** davasında anayasa değişikliklerinin Anayasa uygunluğunu denetlemiş, aynı olay 1975’de **“Indira Nehru Gandhi v. Raj Narain”** davasında da tekrarlanmıştır. Türk Anayasa Mahkemesi de II. Cumhuriyet’de anayasa değişikliklerinin Anayasa’ya uygunluğunu denetlemiştir. (52)

İç zorlamaların ise, ayrıntılara girmeden, yargılama mantık ve tekniklerinden kaynaklandığı söylenebilir (53).

(50) Anayasa Mahkemesinin 1988/11 karar sayılı Kararı.

(51) Bk. M. Troper, **“Justice constitutionnelle et démocratie”**, RFDC., 1990, 1., s. 30 vd.

(52) Bu konuda bk. B. Çağlar, **“Anayasa yargısı ve normatif devreler analizi”**, in Anayasa Yargısı, Ankara 1989, s. 154 vd.

Anayasa Mahkemesi 1987/15 karar sayılı Kararı ile II. Cumhuriyet’de yerleşik içtihadından dönmüştür.

(53) Cf. M. Troper, **“Kelsen, la théorie de l’interprétation et la structure de l’ordre juridique”**, Revue internationale de philosophie, 1981, s. 518 vd.

Son bir analizde, "**İçtihadî Anayasa**" gerçeği, teorik çözümlerinden birini, "**Yorumun gerçekçi teorisi**"nde bulmuştur. Ancak, L. Favoreu'nün not ettiği gibi (54), yorum teorilerinin anayasa problematiği içinde kapladıkları mekanın sınırlarını da doğru çizmek gerekir. Eğer bu yapılmazsa, yaşlı Amerikan Anayasası ile Kıt'a Avrupası yeni anayasaları, Amerika Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi ile Kıt'a Avrupası anayasa mahkemeleri ve hukuk sistemlerindeki farklılıklar da silinir. "**Amerikan-merkezci düşünce**"nin (l'américano-centrisme) Kıt'a Avrupasında sınırlı bir kavrama yeteneği vardır.

### 3. "**Milli-Üstü Hukuk**"a bağlılık: **KONVANSİYONEL YAZIMLI ANAYASA VE YUMUŞAK ANAYASA.**

Anayasa düşüncesinde bugün, M. Cappelletti'nin not ettiği gibi, "**Milli-üstü Hukuk**" ve "**Milli-üstü Hukuka bağlılık Kuralı**" ile (Supranational Rule of Law) yeni bir dönem başlamıştır (55) ve bu dönemin farklı yazılan bir anayasası da vardır: "**Konvansiyonel yazımlı anayasa**".

Milli üstü Anayasa yargılaması, İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu ve Avrupa Topluluk Hukuk uygulamaları ile artan bir önem kazanırken, Anayasa yargısı ile cihazlanan Hukuk Devletlerinde, "**Anayasalık prensibi**"ne "**Milli-üstü Hukuk**"a bağlılık prensibinin eklenmesi, "**Anayasa**" kavramını da yenilemiştir.

Ancak, Avrupa mekanında ortak hukuk düşüncesini şekillendiren, İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu ve Topluluk Hukuku gibi, sadece Milletlerarası hukukun "**katı yasaları**" değildir, milletlerarası hukukun "**yumuşak yasaları**" da (softlaw de droit constitutionnel) bu mekanın işaret şamandıralarını koyar. Bu gelişmeler, bugün, milletlerarası anayasa hukukunun kurulması ve genişlemesini de hazırlamıştır (56) . Ve milletlerarası anayasa hukuku anlaşmaların yapılması ya da hukuki değeri gibi, anayasalarda yer alan prosedüral kurullarla sınırlı değildir ama artık maddi bir muhtevası da vardır.

(54) L. Favoreu, "**Droit de la Constitution et constitution du droit**", op. cit., s. 83 vd.

(55) Bk. Bakır Çağlar, Anayasa Bilimi, İstanbul 1989, s. 27.

(56) Cf. J. Rideau, "**Constitution et droit international**", RFDC., 1990, 2, s. 259 vd.

### 3.1. Konvansiyonel yazımlı anayasa ya da “HAKLAR-ŞARTI AVRUPA ANAYASASI”.

#### 3.1.1. Konvansiyon - Anayasa ve Konvansiyon-Anayasa nın Mahkemesi.

Haklar-şartı Avrupa Anayasası'nın iki kaynağı vardır ve bu kaynaklardan ilki konvansiyonel, ikincisi ise içtihadî kaynaktır. Konvansiyon Hukuku, İnsan hakları Avrupa Mahkemesinin ilk kararı, 14 Kasım 1960 tarihli Lawless'den başlayarak jürisprüdansla genişletilmiştir (57).

Konvansiyon , milletlerarası bir belge olsa da, muhtevası anayasalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, 18.10.1984 tarihli kararında, Konvansiyonun güvence altına aldığı hakların “**yaratılış bakımından anayasal haklar niteliğinde**” olduğunu açıkça ifade etmiş, Avrupa Mahkemesi de, 18 Ocak 1987 tarihli “**F.c. Suisse**” kararında Federal Mahkeme'nin bu kararına atıfta bulunmuştur.

Konvansiyonun korunması (m. 19), yorumlanması ve uygulanmasında (m. 45) yetkili Avrupa Mahkemesi, kavramın şekli anlamında olmasa da, maddi anlamında Anayasa Mahkemesidir (58).

Avrupa eski yargııcı, anayasa hukukçusu Eduardo Garcia de Enterría'ya göre, Strasbourg yargılama sistemi, Komisyona ferdi başvuru hakkını (m. 25) ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini (m. 46) tanıyan (59) bağıtlı devletler için anayasa yargılaması değerindedir (60). Konvansiyon normlarının ihlali, Avrupa Mahkemesi önünde millî bir yasayla meşrulaştırılmaz ve yasaların üstünde yer alan bir mahkeme de anayasa yargısının çekirdeğini meydana getirir.

(57) İnsan hakları Avrupa Komisyonu sadece 1990 yılı içinde Konvansiyonun 25 maddesi anlamında 1637 ferdi müracaatı teşkil etmiş, 1153 ferdi başvurunun incelenmesini de tamamlamıştır. 1955 yılında ise ferdi başvuru sayısı sadece 138'dir. Türkiye de ise 1989 yılında 57, 1990 yılında ise 67 kişi Komisyona ferdi başvuru hakkını kullanmıştır. Eklenmek gerekir ki, Avrupa Mahkemesine ferdi başvuruyu düzenleyen 9. Ek protokol da imzaya açılmıştır.

Bk. Commission Européenne des droit de l'Homme. Aperçu des travaux et statistiques.; W. Peuker, “**Le droit de recours individuel selon l'article 25 de la Convention Européenne des droits de l'homme**”, RUDH., 1989, s. 41 vd.

(58) Bk. M.A. Eissen, “**L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'homme**” in D. Rousseau, F. Sudre, Droits et libertés en Europe, op. cit., s. 136 vd.

(59) Türkiye'nin Komisyona ferdi başvuru hakkını ve mahkemenin mecburi kaza yetkisini tanıması konusunda bk. RUDH., 1990, s. 78.

(60) Cf. Eissen, “**L'interacytion des jurisprudences...**”, op. cit.

Bu mantık çerçevesinde Topluluk Mahkemesi de, Anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir (61). Bunun da ötesinde Mahkeme, M. Debré'ye "**Bu megaloman Mahkemenin tırnaklarını kırpmak gerekir**" dedirtecek ölçüde "**Law-making power**" (kural koyma iktidarı) kullanmaktadır (62).

Topluluk Mahkemesi, Avrupa Konvansiyonu düzenlemelerini de Topluluk Hukuk düzenlemesi gibi yorumlamaktadır. Bu konuda verilebilecek tipik bir örnek, Mahkeme'nin National Panasonic (dava 136/79) Vak'asında Konvansiyonun 8. madde yorumudur.

Mahkemenin bu politikasından, Mahkemenin Konvansiyonu Topluluk için bağlayıcı nitelikte saydığı sonucunu çıkarana kadar olmuştur (63) .

Topluluk Mahkemesi'nin bu jurisprüdansiyel politikası, Tek Sened'de ve Avrupa Parlamentosunda kabul görmüştür (64).

Avrupa Konvansiyonu, tarafları hukuken bağladığına göre, taraflar yasamalarının Konvansiyon normlarına uygunluğunu sağlama yükümlülüğü altındadırlar (65).

Konvansiyon, insan hakları konusunda, "**Avrupa kamu düzeni**"ni meydana getirir, Avrupa Mahkemesi de milli otoritelerin yaptığı işlemlerin konvansiyona uygunluğunu denetler (66). Komisyon

(61) Bu konuda bk. C.N. Kakouris, "**L'ordre juridique communautaire**", VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansına, Ankara 1990, sunulan rapor. s. 1 vd.

(62) M. Bettati, "**Le 'law-making power' de la Cour**", in Europe, Pouvoirs, 48, 1989, s. 57 vd.

(63) Cf. Kakouris, rapor, op. cit.

(64) Bk. Tek Sened, "**Acte Unique**", Başlangıç in Pouvoirs, Europe, 48., 1989  
Avrupa Parlamentosu'nun 12 Nisan 1989 tarihli, "**Temel hak ve hürriyetler Deklarasyonu**"nun Başlangıcında "... temel hakların, Avrupa Topluluklarını kurucu andlaşmalar, üye devletler ortak anayasal gelenekleri, insan hakları Avrupa Sözleşmesi, yürürlükteki milletlerarası belgelerden kaynaklanan ve Topluluk Mahkemesi içtihatları ile geliştirilen hak ve hürriyetler" olduğu açıklanmıştır. Bk. RUDH., 1989, s. 344 vd.

(65) Bk. F. Göleüklü, "**Cour européenne des droits de l'homme**", VII. Conférence des cours constitutionnelles européennes, 1990 (rapport 7, in RUDH., 1990, s. 289 vd.

(66) Bk. 18 Ocak 1978 t. İrlanda Birleşik Krallığa karşı karar.  
Mahkeme, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx Vak'asında, kararlarının nitelik ve etkisini belirlemiştir; eğer "**tesbit edilen ihlallerin yakın kaynağında ferdi bir uygulama işlemi değilse (yasa) metinleri varsa, Mahkeme kararları dava konusu kuralları yürürlükten kaldırmaz Devletlere 53. maddeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için iç-hukuklarında mevcut yollardan birini tercih imkanı tanır.**"

düzenlemelerinin Avrupa Mahkemesince amaca uygun yorumu sonucu Belge, bağıtılı Devletler iç hukuklarında “**kamu düzeni kuralları**” (règles d’ordre public) değeri kazanmıştır. Bu kurallar fertler-arası münasebetlerde de uygulanır (67). Komisyon ve Mahkemeye göre, “**Avrupa Kamu Düzeni**”ni meydana getiren Konvansiyon normları, bu özellikleri sonucu, iç - hukuk da doğrudan etkilidir (68).

### 3.1.2. **Haklar-Şartı Anayasa: “Demokratik Toplum” Anayasası.**

Haklar-şartı Anayasa’nın üç ana eksenini olduğu yazılmıştır (69): Hukukun üstünlüğü, hakların gerçeklik ve etkinliği, Toplumun plüralizmi.

Hukuk’un üstünlüğü, önce Hukuk’a hak; Milli Hukuka ve İnsan hakları Avrupa hukukuna hak. Konvansiyonun getirdiği koruma mekanizması, prosedüral planda, iç - hukuk yollarının tüketilmesi klasik kuralının da gösterdiği gibi (70), ikinci derecede (subsidiare) bir koruma mekanizmasıdır ama, milli hukuka yollama, herhangi bir hukuka yollama anlamını taşımaz. Söz konusu olan sadece, Konvansiyona uygun milli hukuka yollamadır. Hukuk’a hak, yargıca hak da korunmuştur. Mahkeme ya da yargıca hakkın muhtevası, Avrupa Mahkemesinin 21.2.1975 tarihli Golder kararında kullandığı terminolojiyle, “**Adil yargılama hakkı**”dır. (Droit à un procès équitable) ve herkesin, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye ulaşma hakkını ifade eder.

Avrupa Mahkemesine göre, Konvansiyon bir hak ve hürriyeti koruduğunda, bir amaç gösterir ve bağıtılı devlet bu amacın gerçekleşmesini engellememenin de ötesinde kullanılabilirliğini (üçüncü kişilere karşı da) sağlamak için gerekeni yapma durumundadır.

Mahkeme, Konvansiyon normlarının bu özelliğini, sendikal haklarla ilgili, ilki 27 Ekim 1975 “**Syndicat national de la police belge Vak’ası**”, ikincisi, 6 Şubat 1976 “**Syndicat suédois des conducteurs de locomotive Vak’ası**” tarihli kararlarında açıkça ifade etmiştir (71).

(67) Bk. Gölcüklü, “**Cour européen**”, op. cit.

(68) Cf. 27 Şubat 1980 tarihli Deweer kararı.

(69) Cf. I. Sudre, La Convention européenne des droit de l’homme, PUF, Paris 1990, s. 85 vd.

(70) Bk. ileride dördüncü başlık.

(71) Cf. G. Cohen-Jonathan, La Convention européenne des droits de l’homme, Economica, Paris 1989, s. 509 vd.

Toplumun plüralizmi ise, önce farklı olma hakkına saygıyı gerektirir ve özellikle de, düşünce ve ifade hürriyetini üstün korumadan yararlandırır. Toplumun plüralizminin ikinci anlamı, siyasi ve sosyal plüralizmi ifade eden kurumsal plüralizm, kolektif kullanımlı hakların korunmasıdır.

Mahkemeye göre (72), plüralizm kavramı, **“Demokratik bir toplumun kurucu unsurudur”**. Ve son bir analizde, Haklar-şartı Anayasa da bu toplumun anayasasıdır.

### 3.2. **“Avrupa ortak Hukuk mekanı”nın yumuşak yazımlı yasaları ya da “Sivil Toplum Anayasası” nedir?**

1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (CSCE) Nihai Belgesi (İşlemi) ve izleme toplantıları belgeleri milletlerarası anayasa hukuku sözleşmeleri değildir ama, milletlerarası hukuk yumuşak yasaları (Softlaw de droit international) sayılsalar da, **“Avrupa ortak hukuk mekanı”**nı belirleyici belgelerdir (73).

29 Haziran 1990 tarihli Copenhague Belgesi, fert merkezli **“Plüralist Demokrasi”** ve **“Hukuk Devleti”** anlayışı ile, Avrupa demokratik mekanı ve Avrupa ortak Hukuk mekanına önemli bir katkıdır. Copenhague Belgesinde düzenlenen insan hakları kataloğunun 2. maddesinde, insan kimliğinin üstün değeri anlayışını kurumsallaştıran **“Maddi Hukuk Devleti”** formülü getirilmiştir(74); Avrupa mekanında **“Hukuk”**, Devlet’den kalkarak değil, fertten kalkarak düşünülecektir.

15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesinde, Viyana Toplantısına katılan Devletler , iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları milletlerarası anlaşmalar ve **“CSCE”** belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır. Bunun anlamı, bundan böyle, İnsan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir (75).

(72) Bk. Mahkemenin 7 Aralık 1976 t. Handyside ve 26 Nisan 1979 t. Sunday Times kararları.

(73) Cf. J.D. Vigny, **“Le document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE. Introduction et commentaires”**, RUDH., 1990, s. 305 vd.

(74) Bk. **“Document de la réunion de Copenhague”**, RUDH, 1990, s. 339 vd.

(75) H. Tretter, **“La réunion de Paris sur la dimension humaine de la CSCE et les droits de l’homme dans le Document de cloture de la réunion de Vienne adopté le 15 Janvier 1989”**, RUDH., 1989, s. 287 vd.

Viyana Belgesinin 13. paragrafı ile getirilen düzenlemeler, Avrupa Hukuk Mekanında yeni ve özel bir öneme sahip düzenlemelerdir. Belgeye taraf devletler bu düzenleme ile, hak ve hürriyetlerin etkili korunma ve kullanımı için, iç hukuklarını ve hukuk pratiklerini geliştirmeyi kabul etmişlerdir. Taraf devletler, Sivil ve siyasi haklarla ilgili Milletlerarası Sözleşme ve Ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgili Milletlerarası Sözleşmeye katılmayı da öngörmüşlerdir.

Kopenhague belgesinde, Haklar kataloğunun başında yer alan dört hak ve hürriyet: ifade hürriyeti, silahlı saldırı topluluğu ve gösteri düzenleme hakkı, dernek hakkı, düşünce, inanç ve din hürriyeti üstün korunmadan yararlandırılmıştır. Bu hak ve hürriyetlere yasalarla getirilen sınırlamaların, insan hakları konusunda genel kabul gören milletlerarası normlarla uygun olması gerekir.

Avrupa ortak mekanı'nın yumuşak yazımlı yasaları, anayasalara "**Sivil Toplum baskını**"nı teşkil eden belgelerdir ve bundan böyle "**Demokratik toplum**" Anayasası nedir sorusu da cevapsız kalmayacaktır (76).

Son bir analizde, İttihadi yazımlı anayasa, konvansiyonel yazımlı anayasa ve yumuşak yazımlı anayasa, tek bir gerçeğin farklı yüzleridir; bugün Anayasa, önce "**Sivil Toplum**" anayasasıdır. Milletlerarası Hukuk kapıyı çalarken, Türkiyede, anayasa cephesinde, düşünülmesi gereken öncelikli sorun da herhalde budur (77).

#### 4. Milletlerarası anayasa hukuku kapıyı nasıl çalar? Ya da Türk Anayasa Mahkemesinin 1988/3 karar sayılı kararını düşünürken.

Anayasa Mahkemesi'nin 1988/3 karar sayılı kararı, üzerinde belki de yeterince düşünülmemiş bir karardır, ama milletlerarası hukuk nasıl kapıyı çalar sorusuna getirilen bir cevaptır.

(76) Avrupa Konseyi, 800 sayı ve 1983 tarihli kararında, "**Demokrasinin hukuki normları**"nı da belilemiştir. Bu konuda özellikle bk. A. Koller, "**Le patrimoine juridique du Conseil de l'Europe: son role dans le rapprochement avec les pays de l'Est**", RUDH., 1990, s. 385 vd.

(77) Not etmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti, CSCE, belgelerinin tümüne taraf olmuştur.

Amerika Birleşik Devletlerinde Yüksek Mahkeme, yasama taraf olunan sözleşmelerle bağlı kalmaması ahlaki bir sorun olarak görmüştür. Türkiyede de herhalde, anayasa değişikliği tartışmalarının başlatıldığı bu günlerde, bu "**ahlaki sorun**" hatırlanacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların TBMM ce denetlenmesinin düzenlenmesi hakkında Kanunla ilgili 1988/3 karar sayılı kararında, Anayasanın 90. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğuna göre, andlaşmayı yapan ve onaylayanların Anayasa Başlangıcında yer alan prensiplere **"bağlı kalacakları varsayılmalıdır"** mantığını kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesine göre, **"... Meclisin onayından geçen... andlaşmalarla kimi kısıtlamalar ve düzenlemelerin kabul edilmesi Anayasanın 6. maddesindeki "Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" ilkesine aykırı düşmez".**, **"... Anayasanın 90. madde 1. fıkrası hükmünden... yasalarda değişiklik getiren andlaşmaların yapılabileceği sonucu (da) çıkmaktadır"**.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı, tartışmaya açık olsa da, jürisprüdansiyel anayasa hukukunda **"milletlerarası hukuka açıklık"** prensibinin ilk unsurları ile kabul edildiğini gösteren bir karardır.

Anayasa Mahkemesi 1988/3 karar sayılı Kararına konu olan davada 3346 s. kanunun andlaşmaya atıfta bulunan m. 2.2. iptal etmiştir. Dava ve iptal kararı, andlaşmaya atıfta bulunan kanun hükümlerinin dava konusu edilip edilemeyeceği tartışmasını da, ister istemez, gündeme getirmiştir. Karara ekli karşı-oylarda **"Milletlerarası andlaşmaların anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesinde dava açılmayacağına göre, böyle bir andlaşmaya atıfta bulunan kanun hükümlerinin dava konusu edilmemesi gerekir"** görüşü ileri sürülmüştür.

Konunun teknik ayrıntılarına girmeden Türkiye'de milletlerarası hukuk kapıyı çalarken, Anayasa Mahkemesi'nin milletlerarası hukuka açıklıkta dar kapı tezini benimsediği söylenebilir.

## BAŞLIK ÜÇ

### **İÇTİHADİ YAZIMLI ANAYASALAR ARASINDA KARŞILIKLI ETKİ VE FARKLI YAZILAN ANAYASALARIN SINIRI YA DA “Yerindelik denetimi” ÜZERİNE.**

Avrupa Mahkemesi jürispürüdansı ile milli anayasal jürisprüdanslar arasında karşılıklı etki iki farklı planda gerçekleşmektedir; Yargıcın sürekli kullandığı metodlar ve temel kavramlar planında ve Konvansiyon ve protokoller düzenlemelerinin yorumu ve uygulanması planında. Yargıçların kullandığı metodlar, temel kavramlar ve yorum teknikleri “**Farklı yazılan Anayasalar**”ın sınırlarını düşündürmüştür. Ve bu düşüncenin şekillenmesinde etkili olan da “**yerindelik denetimi**” problemidir.

1. **Avrupa Mahkemesi jürisprüdansı ile milli anayasal jürisprüdanslar arasında karşılıklı etki (78).**
- 1.1. **Avrupa Mahkemesi ve Avrupa Anayasa Mahkemelerinin Yorum Metotları**

#### **“Özerk kavramlar doktrini”.**

Avrupa Mahkemesi, Kıt’a Avrupası anayasa mahkemelerinin kullandığı, teleolojik, gelişmeci (évolutive), dinamik yorum yöntemini kullanmakta ve Konvansiyonu “**Yaşayan bir belge**” (un instrument vivant) olarak, “**Devletlerin bugününde geçerli anlayışlara uygun biçimde**” okumaktadır. Bu konuda verilebilecek tipik bir örnek, Mahkemenin 13.6.1979 tarihli Marckx kararıdır.

Avrupa Mahkemesinin kullandığı temel kavramların çoğu, ölçülülük, hak ve hürriyetlerin korunan “öz”ü ya da sert çekirdeği

(78) Cf. Eissen, “**L’interaction des jurisprudences...**”, op. cit., s. 141 vd.

gibi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyi, Avusturya Anayasa Mahkemesi içtihatlarında görülen kavramlardır.

Buna karşılık önce Komisyon, sonra da Strasbourg Mahkemesi, milli anayasa Mahkemelerinin de katıldığı “**Özerk**” (autonome) kavramlar doktrinini geliştirmiştir. Mahkeme, Konvansiyonda kullanılan kavramlara iç-hukuklardan bağımsız, bağıtlı devletlerin herbiri için geçerli “**Avrupa**” anlamını vermekte ve bu tekniği tutarlı bir jürisprüdans kurma da kullanmaktadır.

Mahkeme, pretorien biçimde, Konvansiyonun sosyal-değişmelere uyarlanmasını sağlamakta ve İnsan hakları Avrupa Hukukunda görülen gelişmeleri teşvil için, bağıtlı devletler iç hukukularını da kullanarak, Marckx, Dudgenon, Johnson kararlarında görüldüğü gibi, bu gelişme çizgisi dışında kalan mevzuatı mahkum etmektedir (79).

Konvansiyon düzenlemelerinin yorum ve uygulanmasında, Anayasa Mahkemeleri ile Avrupa Mahkemesi arasında yakınlaşmalar da görülmektedir. İspanyol Anayasa Mahkemesi (Tribunal Constitucional) 16 Aralık 1987 tarihli kararında, terorist unsurlar ve silahlı çeteler eylemlerine karşı getirilen 9 sayılı ve 26 Aralık 1984 tarihli Organik Yasa'nın 13. maddesini Anayasaya aykırı bulmuştur.

Olağan gözaltı süresinin üst sınırını mahkeme kararı ile iki güne çıkaran düzenleme, Anayasa Mahkemesine göre, Konvansiyonun 5. madde 3. paragrafına aykırıdır. M. 5 & 3'e göre yakalanan kimse- nin derhal (aussitot, promptly) hakim önüne çıkarılması gerekir (80)

Avrupa Mahkemesi de, 29 Kasım 1988 tarihli Brogan ve diğerleri kararında (81), yediye karşı oniki oyla, benzer bir problemi aynı yönde çözülmüştür. Mahkeme, 1984 tarihli terorizmin önlenmesi ile ilgili, İngiliz Yasası'nın 48 saatlik gözaltı süresinin idari bir kararla yedi güne kadar uzatılmasına imkan tanıyan 12. maddesinin 4. ve 5. paragraflarını Konvansiyona aykırı bulmuştur.

---

(79) Cf. F. Sudre, “**Les libertés protégées par la Cour Européenne des droits de l'homme**”, op. cit., s. 18 vd.

(80) Cf. Avrupa Mahkemesinin, “**Barbera, Messequé, Jabardo c. Espagne**” Davasında verdiği, 6. 12. 1988 tarihli karar.

(81) Bk. G. Cohen-Jonathan, “**Sur quelques aspects récents de l'activité de la cour européenne des droits de l'homme**”, Rev. trim. dr. europ., 1989, s. 163 vd.

Kısaca, Pireneler-ötesindeki Anayasa yargıçları ile Strasbourg yargıçları "**Ortak Hukuk Düşüncesi**"nin ortak uygulayıcıları olmuşlardır.

Avrupa Mahkemesi jürisprüdansının anayasa mahkemeleri jürisprüdanslarını etkilemesinin tipik örnekleri özellikle hürriyete ve güvenliği hak (m. 5), adil yargılanma hakkı (m. 6)nın korunmasında görülmektedir. Avrupa Mahkemesinin masumluk karinesine 25 Mart 1983 tarihli Minelli kararında getirdiği yorumu (82) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Grundgesetz'in yorumunda kullanmıştır. Adli yardımı etkili kılma, bir avukat tayin edilmesi durumunda, avukatın görevini yerine getirmesini sağlamak için Devletin pozitif önlemler alma yükümlülüğü, Avrupa Mahkemesinin 13 Mayıs 1980 tarihli Artico kararında tanınmıştır. Avusturya, İspanya Anayasa Mahkemeleri, İsviçre Federal Mahkemesi, Kıbrıs Yüksck Mahkemesi bu karara çok sayıda atıfta bulunmuşlardır (83).

Avrupa Mahkemesi, Konvansiyonun 6 . maddesinin ilk paragrafında düzenlenen, bağımsız , tarafsız bir mahkemeye hak'ın korunması ile ilgili, 21 Şubat 1975 tarihli Golder, 22 Ekim 1984 tarihli Sramek, 1 Ekim 1982 ve 26 Ekim 1984 tarihli Piersack ve De Cubber kararları Anayasa Mahkemeleri içtihatlarını etkilemiştir.

Avrupa Mahkemesi yeni bir kararında; 7 Temmuz 1989 tarihli Soering kararı, Büyük Britanya da Konvansiyon, iç hukukun bir parçası sayılmasa da, İngiliz yargı yerlerinin Strasbourg organları kararlarını dikkate alabilecekleri sonucuna varmış, Büyük Britanya da bir üst derece mahkeme de, Avrupa Mahkemesinin "**Haysiyet kırıcı cezalar**"la ilgili 25 Mart 1978 tarihli "**Tyrer Kararı**"na atıfta bulunarak iç hukukun Konvansiyona uygun yorumunu (friendly interpretation) yapmıştır (84).

İngiliz istinaf mahkemesinden sonra, Türkiye'de Danıştay da benzer bir yorum anlayışı getirmiştir. Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu, 1989/4 karar sayılı Kararında (85), 1402 sayılı Sıkıyönetim

(82) Ayrıca bk. 26.3.1982 t. Adolf Kararı.

Türk Anayasa Mahkemesi de masumluk karinesinin tanımında, İnsan hakları Avrupa Sözleşmesine gönderme yapmıştır. Bk. Anayasa Mahkemesinin 1980/11 karar sayılı Kararı.

(83) Eissen, "**L'interaction des jurisprudences...**", op. cit., s. 149 vd.

(84) Bk. Gölcüklü, "**Cour EDH**", op. cit., s. 302.

(85) Bk. 9 Şubat 1990 t. ve 20428 s. R.G., s. 76.

Yasası'nın 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan "... **bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar**" hükmünü yorumlarken, Konvansiyon'un 3. maddesinde getirilen "**Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleyle tabi tutulamaz**" kuralını kullanmış ve hükmün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

### 1.2. **Milletlerarası anayasa hukukunun çekimleme alanı. "Ulusun hukuki egemenliği'nin sonu mu?.**

İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu'nun, Kıt'a Avrupası Anayasa mahkemelerince "**Anayasallık Bloku**" içine sokulması, Avrupa Mahkemesi jürisprüdansının milli anayasal jürisprüdanslar üzerinde etkisini arttırıcı bir faktördür (86) .

Not etmek gerekir ki, milletlerarası anayasa hukukunun çekimleme alanı, bu çekimleme karşısında uzun süre direnen mahkemeleri de etkilemeye başlamıştır.

Fransız Anayasa Konseyi 29 Aralık 1989 tarihli kararında, yasaların andlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisini dava mahkemelerine tanıırken, 22 Ocak 1990 tarihli kararında yasa koyucuya, Fransanın taraf olduğu andlaşma ve bağütlara ve anayasal değerde temel hak ve hürriyetlere uygun davranma yükümlülüğü getirmiştir. Konsey 28 Temmuz 1989 tarihli kararında ise savunma haklarına saygı prensibini Strasbourg Mahkemesinin kullandığı kavramlarla tanımlamıştır. Konsey'e göre, savunma hakkı, tarafların haklarının dengesini koruyan adil ve hakkaniyete uygun bir prosedürün varlığını gerektirir.

(86) İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu, Türk Anayasa Mahkemesi için de bir referans normdur.

Anayasa Mahkemesi 1980/11 karar sayılı Kararında, İnsan hak ve özgürlüklerinin sadece milli hukuk sorunu değil ama evrensel hukuk sorunu olduğunu tesbit etmiş ve İnsan hakları Avrupa Sözleşmesini de referans norm olarak kullanmıştır.

Mahkeme "**Evlilik dışı çocuklar Vak'asında**" itiraz konusu hükümleri incelerken de (1987/18 karar sayılı Karar) Türkiye tarafından imzalanan ve onaylanan İnsan Hakları ile ilgili temel metinleri anayasallık bloku içine sokmuştur.

Bu konuda ayrıca bk. 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'na sunulan Türkiye raporu, in Anayasa Yargısı, Ankara 1988, s. 205 vd.; 8. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı'na sunulan Türkiye raporu, Ankara 1990. ve Y. Aliefendiođlu'nun "**Ulusal raporun tanıtımı**", çoğaltma, s. 8 vd.

Bu gelişmeler, Fransız Anayasa Konseyinin, adını koymadan, İnsan hakları Avrupa Konvansiyonunu "**Anayasalık Bloku**" içine sokup sokmadığı sorusunu, ister istemez, sordurmuştur (87).

"**Ulusun hukuki egemenliği**"nin savunucusu sayılan Conseil d'Etat (CE) da kurulmakta olan milletlerarası anayasa hukukunun etki alanına girmiş, önemli konularda içtihadından geri dönmüştür. CE. 29 Haziran 1990 tarihli kararında, 1823 lerde kurulan içtihadından geri dönmüş, Milletlerarası andlaşmaların uygulanmasında idari yorum karşısında kazai yorumun üstünlüğü kurulmuştur.

Kanun Sözcüsü R. Abraham, idari yargıda milletlerarası andlaşmaların yeni yeri ve giderek artan öneminin sonucu sayılan bu içtihat değişikliğini savunurken, en güçlü kanıtı İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde bulmuş, İdareyi sadece taraf değil ama yargıcı da yapan milletlerarası andlaşmaların idari yorumunu, adil yargılanma hakkının ihlali saymıştır. (88).

Son bir analizde, Anayasa'nın Hukuku sadece kurucu yazımlı anayasanın hukuku değildir. Farklı yazılan anayasalar; İctihadi yazımlı anayasa, Avrupa Mahkemesinin yazdığı, "**Haklar-şartı Avrupa anayasası**" ve Avrupa ortak Hukuk mekanının yumuşak yazımlı yasaları, Anayasa kavramını yenilemiştir.

Bugünün "**Anayasa**"sı, Dünün "**Anayasa**"sı değildir.

## 2. Farklı yazılan anayasaların sınırı ya da "**Yerindelik denetimi**" üzerine.

### 2.1. **Yerindelik denetimi ve "Judicial Self - restraint" teorisi.**

Bir hukuk normunun anlamını kimin tesbit edeceği sorusu, her zaman, siyasi bir sorundur.

İdare hukukunda yerindelik takdiri ve yasallık denetimi bu soruya getirilen bir çözümdür ve yerindelik kavramı, idarenin takdir yetkisinin bir doğrulaması sayılmıştır.

(87) Cf. D. Rousseau, "**Vers un ordre juridictionnel européen des droits et libertés?. L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité**", in D. Rousseau, F. Sudre, "**Droits et libertés en Europe**", op. cit., s. 117 vd.

(88) Bk. Le Monde, 7 Juillet 1990.

İnsan hakları Avrupa Mahkemesi jürisprüdansında ise, aynı olay bir başka kavramla ifade edilmiştir: Devletlerin **"takdir payı ya da alanı"** **"Margin of appreciation, marge d'appréciation des Etats"** (89). Ancak bu takdir yetkisi bütünü ile yargı denetimi dışında değildir ve yargıç normların muhtevasını yorumlama yetkisini kullanarak denetimini yoğunlaştırıp eksiltebilir. (90).

Anayasa yargılamasında **"öz-kayıtlama"** (autolimitation, judicial self-restraint) da aynı problematik içinde yer alır, Avrupa Mahkemesi'nin, Devletlerin takdir alanını belirlerken, özellikle Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi ile ilgili olarak kullanılan **"Judicial self-restraint"** teorisine bağlı kaldığı söylenmiştir (91).

Mahkeme, 28 Kasım 1984 tarihli Rasmussen Kararında, **"takdir yetkisi alanının, şartlara, mekana ve ortama"** göre değiştiğini açıkça ifade etmiştir. Takdir alanı, özellikle, Ortak hukuk düşüncesinin şekillenmediği, hukukun geçiş döneminde olduğu alanlarda genişlemektedir. Mahkemenin bu politikasını açıklayan kararlardan biri, transseksüellerle ilgili, 17 Ekim 1986 tarihli Ress kararıdır.

**"Judicial self-restraint"** teorisinin Avrupa Mahkemesi için de geçerli sayılmasının iki nedeni olduğu söylenmiştir. Bu nedenlerden ilki, Konvansiyonel mekanizmanın özellikleri, ikincisi, ve çok daha önemlisi, **"Avrupa Plüralizmi"** gerçeğidir.

## 2.2. Farklı yazılan Avrupa Anayasasında "Plüralizm" problemi ve sınırları.

Avrupa plüralizmi, bağıtlı devletlerin kültürlerinin, özellikle de hukuk kültürlerinin çoğul hali gerçeği üzerine kuruludur. Mahkemenin tanımına göre demokrasi özellikle çoğulcudur ve demokrasinin bu anlamı sadece devletlerin iç düzenlerinde değil ama Avrupa devletleri arasında da geçerlidir (92).

Bu anlayış tersinden okunursa, Avrupa devletleri hukukunda genel bir gelişmenin görülmesi, Avrupa Mahkemesine bu gelişmenin

(89) Cf. P. Rolland, **"Le controle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme"**, in D. Rousseau, F. Sudre, **"Droits et libertés en Europe"**, op. cit., s. 47 vd.

(90) Cf. 24 Mart 1988 tarihli Olsson; 24 Mayıs 1988 tarihli Müller; 21 Haziran 1988 tarihli Bernehab davaları

(91) C. Morrison, **"Margin of appreciation in european human rights law"**, Revue des droits de l'homme, 1973, s. 275 vd.

(92) Cf. P. Rolland, **"Existe-t-il un controle de l'opportunité"**, op. cit., s. 67

dışında kalan bir devleti belli bir çözüme zorlama yetkisi tanır. Mahkeme böyle bir yetkiyi evlilik dışı çocukların hakları ile ilgili Marckx davasında kullanmıştır.

Ancak bu plüralizmin iki önemli sınırı da vardır. Bu sınırlardan ilki, Konvansiyonun emredici düzenlemeleri ile şekillenen bir “**Avrupa kamu düzeni**” (Ordre public européen)nin varlığı, ikincisi, Avrupa Mahkemesinin kullandığı ve milli özellikleri silen gelişmeci ve dinamik yorum metodlarıdır. Avrupa da bir “**Yargıçlar Yönetimi**”nden bu çerçevede söz edilmiştir.

Şimdi sorulması gereken soru, her halde, şudur: Anayasalar ve Konvansiyonun kurucu yazımının yanında bir de içtihadî yazımının bulunması, Mahkemelerin yerindelik denetimi yaptığı anlamına gelir mi? Soru başka bir şekilde sorulursa; Hukuk kuralları yaşama istidadına sahip kurallar mıdır, yoksa ölü mü doğarlar?.

Bu soruya verilecek cevaba göre, yerindelik anlayışı da, ister istemez, değişecektir.

## BAŞLIK DÖRT

### ANAYASA YARGISININ TEKİL HALİNDEN ANAYASA YARGISININ ÇOĞUL HALİNE

Bugün Anayasa Mahkemelerinin koruduğu anayasal haklar kataloğu yanında, Strasbourg Mahkemesinin koruduğu “**Haklar-Şartı Avrupa Anayasası**” ve Luxembourg Mahkemesi içtihatları ile geliştirilip korunan bir haklar kataloğu vardır.

Strasbourg yargılama sistemi, Komisyona ferdi başvuru hakkını ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini tanıyan bağıtlı-devletler için anayasa yargılaması değerindedir (93). Yasaların üstünde yer alan bir mahkeme düşüncesi, anayasa yargısının çekirdeğini meydana getirdiğine göre Luxembourg Mahkemesi de anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir. Milletler arası hukuk kapıyı çalarken, İdare Mahkemeleri de, Fransa da Conseil d’Etat, Türkiye de Danıştay, anayasal yargılama mekanı olma istidadı göstermişlerdir. Kısaca, anayasa yargısının tekil halinden çoğul haline geçilmiştir.

Bu durumda özellikle, Anayasa Mahkemeleri ve Avrupa Mahkemesi arasındaki münasebetlerin uzlaşmacı mı yoksa çatışmacı mı olacağı sorusu da gündeme gelmiştir. Gerçekten de, Avrupa Mahkemesi “**mağdur**” kavranını geniş yorumlayarak kanunu mahkum ederken, bazı vak’alarda milli mahkemelerin yerine geçip davayı yeniden görmektedir (94). Öylesine ki, Avrupa sisteminde “**actio popularis**”in uzakta olmadığı söylenmiştir.

(93) Türkiye Komisyona “**kişisel başvuru hakkını**”, 22 Ocak 1987 tarih ve 87/11439 s. Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca tanımıştır. İnsan hakları Avrupa Mahkemesinin zorunlu yargı yetkisinin tanınması da Bakanlar Kurulunca 25.9.1989 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Bk. 27 Nisan 1987 t. ve 19438 s. RG.; 27 Eylül 1989 t. ve 20295 s. RG.

(94) Cf. G. Cohen-Jonathan, “**Sur quelques aspects récents...**”

Avrupa Mahkemesinde görülen bu eğilimler kayıtlanabilir mi? İlk kayıtlamanın Strasbourg denetim mekanizmasının mantığında yer aldığı düşünülebilir. Gerçekten de, Komisyona ferdi başvuru hakkının kullanılması, iç hukuk yollarının tüketilmesi Şartına bağlı olduğuna göre, bu mekanizma ikinci derecede (subsidaire) bir mekanizmadır. Ancak “**Sargın-Yağcı Vak'ası**”, bunun her zaman böyle olmadığını göstermiştir.

Konvansiyon sistemine ikinci bir kayıtlama, çekinceler sisteminde görülmüştür ama, İnsan hakları Avrupa Mahkemesinin **Bellilos Kararı** çekincelerin sınırını da çizmiştir.

Demokratik-liberal sistemlerde “**İçtihadî yazımlı anayasalar**”, ferde somut haklar tanıyan, hukukun üstünlüğüne bağlı plüralist toplumun kurucu unsurlarıdır. Ancak anayasa mahkemelerinin yapısı jürisprüdansiyel politikalarını belirleyici faktörlerden biridir. Bunun içindir ki, Hangi Anayasa, Hangi Anayasa Yargıcı sorusu sorulduğunda, mahkemelerin yapısı da kritik bir önem kazanır.

### 1. **Konvansiyonel koruma Hukuku ve milli koruma hukukları.**

#### **Bir “Süper-Mahkeme”yi düşünürken.**

İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu ve Avrupa Mahkemesi içtihadî ile kurulan Koruma Hukuku, kanunların “**Avrupa Normu**”-na uygunluk denetimi mekanizması ve özellikle de Avrupa liberal kamu düzeninin inşasında etkili bir Cihazdır (95).

#### 1.1. **“Mağdur” kavramının geniş yorumu ve “Mahkum edilen Kanun”.**

Strasbourg Mahkemesi, 13 Haziran 1979 tarihli Marckx, 22 Ekim 1981 tarihli Dudgeon, 27 Şubat 1980 tarihli Devweer, 2 Mart 1987 tarihli Mohin ve Clerfaut vak'alarında, hakların ihlaline yol açabilecek kanunların **ferdi uygulama işleminin yokluğu**'nda bile “**en l'absence d'acte individual d'execution**” Avrupa normuna uygunluğunu denetlemiştir.

(95) 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.

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 (96). Rigaux'nun ifadesi ile "**mahkum edilen kanun**" olmuştur (97).

Belçika'da bekâr anneler ve evlilik dışı doğan çocukların statüsü ile ilgili "**Marckx Vak'ası**"nda (98) Belçika Medeni Kanunu'nun ilgili düzenlemelerinin Konvansiyonunun 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 yapılmıştır.

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

İrlanda vatandaşı , Dublin Trinity College'de öğretim üyesi, İrlanda Parlamentosu senatörü ve "**Irish Gay Rights Movament**" in kurucusu ve başkanı **David Norris**'in tahrik ettiği davada, Mahkeme'nin verdiği karara ekli karşı -oy'da, "**mağdur**" kavramının geniş yorumunun Konvansiyonun kurmuş olduğu sistemi değiştirme istidadı taşıdığı ileri sürülmüş ve "**actio popularis**"ın uzakta olmadığı iddia edilmiştir.

Aralarında yargıç **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**".

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bugüne kadar verdiği kararların büyük bir bölümü, prosedüral ya da usuli haklarla ilgili

(96) 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.

(97) F. Rigaux, "**La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 Juin 1979 de la Cour européenne des droits de 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.

(98) 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.

ise de Mahkeme, Federal Almanya'da kamu görevlilerinin Anayasaya sadakat borcunun ifade hürriyeti ile ne ölçüde bağdaştığı, seçme ve seçilme hakkı ve temsili niteliği olan meclislere üye tayini gibi, hukukun başka alanlarında da karar vermiştir. Öylesine ki, **Brogan ve Deumeland** (1986) vak'alarında, azınlıkta kalan yargıçlar Mahkemeyi, üye Devletler yerine yasama rolü oynamakla suçlamışlardır.

**Barbera, Messequé, Jabardo, C. Espagne** (6 Aralık 1988) vak'asında ise Avrupa Mahkemesi, milli Mahkemelerin yerine geçip davayı yeniden görmekle suçlanacaktır.

Son bir analizde, Avrupa Koruma Hukuku mekanında, Alman Anayasa Şikayeti tekniği benzeri bir "**actio popularis**" uzakta değildir. Bu gelişmeyi önce, tartışmalı kararlarında, Avrupa Mahkemesi hazırlamıştır ama, fertlere Mahkemeye başvuru hakkını tanıyan 6 Kasım 1990 tarihli 9. Protokol'de bu gelişmeyi teşkil etmiştir (99)

### 1.2. Milli Mahkemeler ve Avrupa Mahkemesi arasında olabilir münasebetler: İki Şema.

Avrupa Mahkemesi ve milli mahkemeler arasında olabilir münasebetler konusunda iki şema getirilmiştir; Büyük Britanya gibi, bir Anayasa Mahkemesinin kurulmadığı sistemlerde, Avrupa Mahkemesi, ikame Bir anayasa mahkemesidir. Bir anayasa mahkemesinin kurulduğu, içtihadi yazımlı anayasaların geliştiği sistemlerde ise, konvansiyonel koruma hukuku ile milli koruma hukukları arasında bir uzlaşma probleminin varlığı açıktır.

Bu problemin varlığı, **L. Favoreu**'ye şu soruyu sordurmuştur: "**Bu durumda, uzlaşmayı sağlayabilecek bir "Süper-Mahkeme"ye doğru mu gidilmektedir?"** (100).

Bu soruya bir ikincisi de eklenebilir: Yoksa, Avrupa mekanında, özellikle içtihadi yazımlı anayasalarla gelişen, "**Ortak Hukuk düşüncesi**" bu uzlaşmayı, mantığı icabı sağlamada yeterli sayılabilir mi?

(99) Açıklayıcı rapor ve 9 no.lu Protokol için bk. RUDH, 1990, s. 442 vd.

(100) L. Favoreu, "**Les libertés protégées par le Conseil Constitutionnel**", in, D. Rousseau, E. Sudre, Droits et libertés en Europe, op. cit., s. 45.

## 2. "Konvansiyonel Koruma Hukuku'nun Sınırları. Belilos Vak'asından Sargın & Yargı Vak'asına.

### 2.1. Komisyon yetkilerine kayıtlamalar ; Belilos Vak'ası'nı düşündürken.

İnsan hakları Avrupa Mahkemesinin Belilos İsviçreye karşı davasında verdiği 29 Nisan 1988 tarihli karar (101), Mahkemenin, belki de, en önemli kararlarından biridir. Avrupa Mahkemesi, ilk defa, bağıtlı bir Devletin "**çekince**" biçiminde ifade edilen deklarasyonunu geçersiz saymıştır (102). Oybirliği ile alınan bu karar, Strasbourg organlarının çekincelerin geçerliliğini değerlendirme yetkileri konusunda doktrin tartışmalarına da son vermiştir. (103)

Belilos kararını hazırlayan "**Temeltasch**" Vak'asında Avrupa Komisyonu olmuştur. **Temeltasch İsviçreye karşı Vak'ası** ile ilgili 5 Mayıs 1982 tarihli raporunda Komisyon, "**bir çekince ya da yorum beyanının Konvansiyona uygunluğunu denetleme yetkisi**"ni kendine tanımıştır (104).

Belilos mantığına göre, Konvansiyon sistemini etkileyen genel nitelikte, ya da denetim organlarının yetkilerini kayıtlayan çekinceler geçersizdir.

#### 2.1.1. Genel nitelikte Çekince ve geçersiz Sayılan Çekincelerin etkisi.

Avrupa Mahkemesi genel nitelikte çekince "**réserves de caractère général**"nin tanımını yapmıştır: Genel nitelikte çekince "**anlam ve uygulama alanını belirlemeyi engelleyecek derecede muğlak ve geniş kavramlarla yazılan çekincedir**".

(101) Publications de la Cour, série A, no 132 Mahkemenin önceki içtihadı için bk. 23 Nisan 1987 tarihli Eul kararı.

(102) Bk. G. Cohen-Jonathan, "**Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt Belilos du 29 Avril 1988**", RGDIP, 1989, s. 273 vd.

(103) Ancak Türkiye de, doktrinde, Konvansiyonun 25. maddesine göre ferdi başvuru hakkı tanıyan beyanda getirilen "**çekinceler**"in hukuki niteliği tartışılırken Avrupa Mahkemesinin Eul kararı, Komisyon ve Mahkemenin "**Belilos Vak'ası**"nda getirdiği çözümler yok sayılmıştır.

Biten bir tartışmayı bitmemiş sayılmanın "**dayanılmaz hafifliği**"ni kavramak zordur.

(104) Bk. P.-H. Imbert, "**Les réserves à la Convention européenne devant la Commission de Strasbourg**", RGDIP, 1983, s. 580 vd.

Devletler, sistem ya da mekanizmanın ekseni-özü ile ilgili çekince getiremezler. Bu tür çekinceler Konvansiyonun konu ve amacına zarar verir.

Avrupa Komisyonu şeklen “çekince” sayılan deklarasyonların yanında, “yorum beyanları”nın tanımını da yapmıştır. Komisyona göre yorum beyanlarını iki ayrı kategoride düşünmek gerekir. **Niteliksiz yorum beyanları ve nitelikli yorum beyanları.** Nitelikli yorum beyanları Konvansiyonun onay şartı sayılan beyanlardır ve 64. madde anlamında (105) çekincelerden farkı yoktur. Niteliksiz yorum beyanları ise ancak Konvansiyonun belli bir maddesinin yorumunda rol oynayabilir. Bu durumda Komisyon ve Mahkeme farklı bir yorum getirirse, ilgili Devlet bu yorumla bağlıdır (106).

Geçersiz sayılan çekincelerin etkisi milletlerarası hukukta tartışma konusu olmuştur ama, Avrupa Komisyonu, Belilos Vak’asında probleme açık bir çözüm getirmiştir: Çekincesi geçersiz sayılan Devlet, çekince dikkate alınmadan Konvansiyonla bağlıdır. Bu durumda bağıtlı devletin yapması gereken iç hukuku milletlerarası yükümlülüklerle uyumlu hale getirmektir. Belilos Vak’asından sonra İsviçre bu formülü uygulamıştır.

Konvansiyon sisteminde, Komisyon ve Mahkemenin yorum yetkisi çekinceleri düzenleyen 64 . madde de dahil olmak üzere Konvansiyonun bütünü için geçerlidir.

Strasbourg denetim sistemi, Avrupa Mahkemesinin İrlanda Birleşik Krallık’a karşı Davasında verdiği 18 Ocak 1978 tarihli kararında açıkça belirttiği gibi, klasik milletlerarası sözleşmelerin mantığı ile kavranamaz. Komisyon ve Mahkeme Konvansiyonunun gerçek yorumlayıcılarıdır. Bu organların misyonu, Konvansiyonun bütünüyle ve etkili uygulanmasını sağlamaktır (bk. Konvansiyon, m. 19, 45 ve 49).

### 2.1.2. Konvansiyon tarihinde tek örnek; Türkiye Örneği. Konvansiyon’a “milli yorum”mu?

Türkiye 28 Ocak 1987 tarihli beyanı ile Konvansiyonun 25. maddesi çerçevesinde ferdi başvuru hakkını tanımıştır.

(105) Bk. Belilos Vak’asında Komisyon raporu 5 Mayıs 1982.

(106) Cohen-Jonathan, “L’arrêt Belilos”, op. cit., s. 302.

Klasik bir **ratione temporis** (Konvansiyonun zaman içinde uygulanması) "**çekince**" dışında, beyan, komisyonun yetkilerini farklı düzeylerde sınırlamak istemiştir (107).

Beyan belli işlem kategorilerini Komisyonun yetki alanı dışında tutarken Konvansiyon düzenlemelerine (demokratik toplum, 15. maddenin uygulanma şartları, yargı yeri kavramı gibi...) "**Milli yorum**" getirmek istemiştir. Komisyon yetkilerine "**kayıtlamalar**" olarak adlandırılan bu çekincelerin kabul edilmesi mümkün görülmemektedir (108). Komisyon ve Mahkemenin Belilos Vak'asında verdiği kararlar Türkiye'nin beyanında getirdiği çekincelerin hukuki sonuçlarını da tayin edecektir. Belilos mantığına göre, bu çekinceler ya geçersiz ya da niteliksiz yorum beyanları sayılabilir.

Avrupa yargıcı **Gölcüklü**'nün de not ettiği gibi, çekinceleri düzenleyen 64. maddenin amacı ve işlevi onay sonrasında Devletlere "**iç mutfakları**"nı düzene sokmak, Konvansiyonun birinci maddesine göre taraf oldukları yükümlülöklere uygun biçimde mevzuatlarını tadil etmek için gerekli süreyi vermektir (109).

Kırk yıldır yürürlükte olan Konvansiyona, bugün çekince koyma arayışının sebebi ne olabilir? Belki de "**iç mutfak**"ın hala düzene sokulamamış olması, **olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri ile yazılan 1982 Anayasasının farklı mantığını koruma amacı**.

Bu durum Konvansiyon tarihinde tek örnektir.

## 2.2. **Konvansiyonel koruma mekanizması. İkinci derecede koruma mekanizması mı, yoksa bir ika-me-mekanizma mı?** **Sargın & Yağcı Vak'ası.**

Komisyonun ferdi başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, Konvansiyonel koruma mekanizmasının ikinci derecede bir koruma mekanizması sayılmasına sebep olmuştur. Ancak yerleşik iç

(107) Türkiye'nin 25. madde ile ilgili deklarasyonundan sonra genel sekreter ve bağıtlı Devletlerin birçoğu bu deklarasyonun ciddi hukuki güçlükler çıkartacağını açıkça ifade etmişlerdir... Bk. Feuille d'information, no 21, s. 4-12. Bu tepkiler karşısında Türkiye, 26 Haziran 1987 tarihli mektubu ile deklarasyona açıklık getirmek istemiştir.

(108) Bk. RUDH., 1989, s. 78.

(109) Bk. Gölcüklü "**Cour EDH**", op. cit., s. 293.

tihada göre bu kural, iç hukuk yollarının etkili olması durumunda geçerlidir (110).

“**Sargın & Yağcı Vak'ası**”nda Türk Hükümeti, iç hukuk yollarının tüketilmediğini iddia etmiş, özellikle de Konvansiyonun 5. maddesinin 4 paragrafının etkisinde yazılan 19. maddenin Türk hukukunda yeni bir kanun yolu ihdas ettiğini ileri sürmüştür.

Hükümete göre “... **Hürriyeti kısıtlanan kişi.. bu kısıtlamanın kanuna aykırılığı halinde hemen serbest bırakılmasını sağlamak amacıyla yetkili bir yargı merciine başvurma hakkına sahiptir**”. **Habeas corpus** teminatı getiren bu düzenleme, Anayasanın 138, 11 ve 36. maddelere göre bütün yargı mercileri önünde ileri sürülebilir (111)

Komisyon ise, Türk hukukunda **doğrudan uygulanan** Konvansiyonun 5. maddesinin 4 paragrafı ile 1982 Anayasasının 19. maddesi arasında geniş benzerlikleri tesbit etmekle birlikte, Türk hükümetinin gözaltında tutulan bir kimsenin 19. maddede tanınan yetkili yargı merciine başvurma hakkını kullanarak salverildiğini gösteren tek bir örnek bile getiremediğini, oysa bir kanun yolunun kullanılmasının, teori ve pratikte, **gerçeklik ve etkinliğinin** kanıtlanması şartına bağlı olduğunu ifade etmiştir.

Sargın & Yağcı Vak'asında Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılması için anayasaya aykırılığın dava mahkemesi önünde ileri sürülmüş olması gerektiğini de iddia etmiş ancak komisyon, Türk hukuk sisteminde itiraz yolunun fertlere açık olmadığını, bu yolun kullanılabilmesinin, dava mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulma şartına bağlı olduğunu tesbit etmiş, **itiraz yolunu etkili ve ulaşılabilir** (recours accessible) görmemiştir (112).

İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını kayıtlayan Komisyon ve Mahkeme, Strasbourg mekanizmasının tali bir koruma mekanizması sayılmayacağını da göstermişlerdir.

(110) Bu konuda tipik bir örnek için bk. Avrupa Mahkemesinin 14 Mayıs 1989 tarihli kararı. “**Hauschildt c. Danemark**”, RUDH. 1989, s. 176 vd.

Birleşmiş Milletler İnsan hakları Komitesi de aynı formülü uygulamaktadır. Bk. E. Tistounet, “**Papport sur la nature, les fonctions et les activités du Comité des droits de l'homme des Nations Unies**”, RUDH, 1989, s. 51 vd.

(111) m. 11'de “**Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü**”; m. 36'da “**Hak arama hürriyeti**”, m. 138 de “**Mahkemelerin bağımsızlığı**” düzenlenmiştir.

(112) Komisyonun 11 Mayıs 1989 tarihli kısmi kararı için bk. RUDH., 1989, s. 516 vd.

**Bugün, Bellios ve Sargın & Yağcı Vak'aları birlikte okunursa, "Ankara Mahkemesi"nin yanında "Strasbourg Mahkemesinin de olduğu sonucuna varmak gerekir"; Anayasa yargılamasının yapıldığı mekanlar çoğalmıştır.**

### **3. Milletlerarası Hukuk kapıyı çalarken İdare Mahkemeleri: Yeni anayasa yargıçları mı?**

Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun, Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan' "... **bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar**" hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiği hakkında verdiği **1989/4 karar** sayılı Karar, iki önemli problemi gündeme getirmiştir.

Bu problemlerden ilki Danıştay'ın bir yasa hükmünün önceki milletlerarası andlaşmalara uygun yorumunu yaparken -dolaylı- bir anayasaya uygunluk denetimi gerçekleştirmesi, ikinci problem, Strasbourg Mahkemesinin kullandığı "**amaçsal yorum yöntemi**"ni, aynı kavramlarla tanımlayarak, yasa hükmünün anayasa ve hukukun genel prensiplerine uygun yorumunu yapmasıdır.

Danıştay Başsavcısının düşüncesinde ve azlık oylarda Danıştayın bu kararlar, yasaların anayasaya uygunluğunu denetleme yolunu açtığı ileri sürülmüştür. Kısaca **Danıştay da bir anayasa yargıcı olmuştur.**

Fransada benzer bir tartışma, Fransız Devlet Şurası'nın (Conseil d'Etat) 20 Ekim 1989 tarihli **Nicolo Kararı** ile gündeme gelmiştir. Bu kararlar Conseil d'Etat içtihadından geri dönerek önceki ya da sonraki yasanın bir andlaşmaya aykırılığı halinde andlaşma hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiş, yasaların milletlerarası hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemiştir.

Conseil d'Etat'ı "**Yasama Perdesi**" kalkarken "**Juge Constitutionnel**" yapan da, özellikle, bu gelişmedir (113).

(113) Bk. Emmanuel Negrier, "Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel", RDP, 1990, s. 767 vd.

#### 4. Başkan Saja Vək'ası ve "de Becket" etkisi. Anayasa Mahkemelerinin yapısı üzerine.

##### 4.1. Anayasa Mahkemeleri. "Partitokrasi" ve Seridışı yapılar.

Anayasa mahkemeleri yapılarının jürisprüdansiyel politikaları üzerinde etkisi bilinir. Ama nereye kadar?

"4 Haziran 1987'de, İtalyan Anayasa Mahkemesi, görev süresi sona eren. Başkan Antonio La Pergola, tarafından toplanmaya çağrıldığında, Consulta Sarayının lambripleri altında büyük bir fırtınanın kopacağını kimse hayal dahi etmemişti" (114). Bu satırların yazarı D. Detragiache, Saja'nın Başkan seçilmesini, Anayasa Mahkemesinin hayatında belirleyici önemde bir olay saymıştır.

İtalya'da Anayasa Mahkemesinin kurulduğu ilk günler'den başlayarak yerleşen konvansiyonel kurala göre, değişen güçler dengesini hesaba katmak için, parlamenter seçimli 5 yargıcı, parlamento grupları seçer: Hristiyan Demokratlar, iki, İtalyan Komünist Partisi bir, İtalyan Sosyalist Partisi bir, "laik" adı verilen merkez partileri de bir yargıç.

Devlet Başkanı Cossiga, Başbakanın destek-imzası'na belirleyici ağırlık tanyarak, Devlet Başkanının seçtiği yargıçlarda da partilere aynı ağırlığı vermiştir.

Stafetta mantığı gereği, Anayasa Mahkemesi Başkanlığında da Hristiyan-Demokrat eğilimli Başkanlarla, Sosyalist-Jaik eğilimli başkanlar arasında, iktidardakine benzer bir yer değişikliği olduğu yazılmıştır. Saja'nın Başkanlığa seçimi ise, "Partitokrasi"nin Kurum içindeki tırmanışını engellemiştir (115)

Anayasa Mahkemelerinin yapısında iki büyük sistem görülür.

Bu sistemlerden ilki, Avusturya modeli "Proporz" ya da oranlı sistemdir. Bu sistemde siyasi güçler dengesi, sistematik bir biçimde mahkeme yapısında gerçekleştirilir. Avusturya ve Almanya da Par-

(114) Consulta Sarayında fırtınayı kopartan, Başkan adaylarından, sosyalist eğilimli Yargıç Ferrari'dir. Yargıç Ferrari, Başkanlık seçimlerine Hristiyan Demokratların müdahalesini eleştirmiş, Başkan Saja'nın seçimini de Hristiyanlarla Komünistler arasında "Tarihi uzlaşma"nın sonucu saymıştır.

(115) Bk. D. Detragiache, "L'élection du Président Saja à la tête de la Cour Constitutionnelle italienne; un événement fondamental dans la vie de la Cour", Pouvoirs, 52, 1990, s. 127 vd.

lementodaki büyük partiler bu yapı üzerinde etkin olurken, İtalya ve Portekizde gerçekleştirilen dozajda çok daha ileri gidilerek, mahkeme yapısı üzerinde etkili partiler yelpazesi açılır.

Amerika Birleşik Devletleri modeli "**çoğunluk sistemi**"ne de ise, Mahkemenin kompozisyonu İktidarda yer değişikliği sonuçlarına bağlıdır. İspanya ve Fransa da bu sistem içinde yer alır.

Fransa da 1959 dan 1983 yılına kadar Conseil Constitutionnel'e üye atama yetkisine sahip otoriteler sağ eğilimli olmuş, sol eğilimli otoriteler ilk atamaları ancak 1983 yılında yapmışlardır. (116). 1989 yılında Conseil üyelerinin beşi (dörde karşı) sol otoritelerin atadığı üyelerdir.

Bu iki sistem birlikte düşünüldüğünde, 1982 Anayasası ile kurulan "**III. Cumhuriyet Anayasa Mahkemesi**" (117) yapısı seridedişi bir yapıdır.

1982 Anayasası ile getirilen Anayasa Mahkemesi yapısı, Avusturya Anayasa Mahkemesi Kurucu Babası, **Kelsen**'in mantığından çok, Carl Schmitt mantığına yakındır. C. Schmitt, monarkın nötr iktidarı eski tezlerine dayanarak, Devlet Başkanının önceliğini savunmuş, Güçlü Devlet germanik teorisine ulaşmıştır.

#### 4.2. Yeni-Kurumsalcılık ve "Becket etkisi".

Anayasa Mahkemelerine yargıç atamada yansız bir metod düşünülemediğine göre, mahkemelerin **Kelsen**'in tasarladığı gibi "**siyasi mücadelenin dışında kalabileceği**" söylenebilir mi?

(116) Bk. L. Favoreu, "**Droit constitutionnel jurisprudentiel**", RDP, 1989, s. 399 vd.

(117) 1980 sonrasında Anayasa Mahkemesine atanan üye sayısı 26'dır. Devlet Başkanı, görev süresinin bitimine kadar (1996) Anayasa-Mahkemesine 8 asil 4 yedek üye atama hukuki imkanına sahiptir. İkinci Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesi üyelerinin büyük çoğunluğu 61-65 yaş grubunda yer alırken (72.22), III. Cumhuriyet'te Anayasa Mahkemesine son atanan iki üyeden ilkinin görev süresi 2004 yılında, ikincisinin 2015 yılında sona erecektir. Ayrıca not etmek gerekir ki, III. Cumhuriyet de Türk "**Siyasi elit**"in de önemli değişiklikler olmuş, Nilüfer Göle'nin ifadesiyle, "**dini eğilimli teknik kökenli yeni bir intelligentsia**" teşekkül etmiştir. Bu gelişme, II. Cumhuriyet'te **bürokratik geleneğin son sığınağı**" sayılan yargı yerlerinde "**tıpkı yargıç portresi**"ni değiştirecek midir? Bugün sorulması gereken sorulardan biri de, herhalde, budur.

Cf. N. Göle, "**Ingénieurs islamistes et étudiants voilées en Turquie**", in G. Kepel, Y. Richard, ed., *Intellectuels et militants de l'Islam Contemporain*, Seuil, Paris 1990, s. 167 vd.; A. Ünsal, *Siyaset ve Anayasa Mahkemesi*, op. cit., s. 195 vd.; M. Soysal, *Dinamik anayasa anlayışı*. Ankara 1969.

Amerika Birleşik Devletlerinde “**new institutionalism, nouvel institutionnalism**”, yeni kurumsalcılık adı verilen çalışmalarda, basit bir anlatımla, kurumların, kişilerin kimliklerini de etkileyip değiştireceği varsayımı üzerinde durulmaktadır. Bu değişiklik “**Becker etkisi**” olarak da bilinir.

Canterbury Başpiskoposu Thomas Becket, II. Henri'nin Şansölyesi olarak cismani iktidarın güçlendirilmesi için çalıştıktan sonra, İngiltere Başpapazlığına seçilince Kilisenin haklarının çetin savunucusu olmuş, sonunda da öldürülmüştü (118).

Becket etkisinin Mahkemeleri a- politik mahkemeler yapmasa da, siyasi mücadelenin dışında tutulabileceği söylenmiştir. Ancak bu sonuç Anayasa Mahkemelerinin yapısını “**yapı**”ları ile düşünmenin bir sonucudur.

Belki çok daha önemli bir soru “**Çevre**”yi de dikkate alarak, Mahkemelerin hangi hallerde “**Sivil Toplum**” kuruluşu sayılabilecekleri sorusudur.

---

(118) B. François, “**Le Juge, le droit et la politique**”, op. cit., s. 53 vd.



B İ T İ R İ R K E N

**İNSAN HAKLARI YENİ İDEOLOJİSİNİN HUKUKİ NORM-  
LARI VE KORUMA MEKANİZMALARI KURULURKEN BİR  
“DEMOKRAT”IN ROLÜ.**

## 1. Anayasa düşüncesinde Çoğul hal"; İnsan hakları yeni ideolojisi

Anayasa düşüncesinin belirleyici sorunsalı, bugün, Anayasaya **Sivil Toplum** baskıdır. Anayasanın çoğul hali bu gerçeği ifade eder. Ve bu gelişme sadece Liberalplüralist Avrupa'da Değil ama "**Öteki Avrupa**" da da görülür. Hangi Anayasa, hangi Anayasa yargısı konusu da bu problematik içinde yer alır.

Bugün, anayasalar, sivil toplumdaki kalkarak okunmakta, anayasa mahkemeleri de sivil toplum kuruluşları sayılmaktadır. Fertleri de bağlayan Anayasalarda, insan haysiyeti ve dokunmaz hakları, siyasi düzenin ve Sosyal barışın temelidir (119) ve siyasi düzen ve sosyal barış kamusal düzen ve kamusal barışla sınırlı değildir, "**Sivil düzen**"i de içine alır. Hak ve hürriyetlerin gelişmesi, Sivil Toplumu da takviye eder. Yeni anayasa düşüncesinde "**Çoğul hal**"ın varlık sebebi budur.

Ancak bazılarının "**Anayasal darvinizm**" adını verdiği bu değişmeyi, ara durakları ve değişmez bir varış noktası olan "**tren hattı teorisi**" çerçevesinde düşünmek gerçekçi olmaz. Eğer bu şekilde düşünülürse, farklılıkları, İstisna Anayasaları kavramak imkansızlaşır, tarihi özellikler de yok sayılır (120).

## 2. Yeni "anayasal söylev"; Bir "demokrat" tereddüt edebilir mi?

Yargıçların yazdıkları "**Anayasa**", meşruiyetlerinin temeli yeni bir demokrasi tanımını getirmektedir: "**Anayasal Demokrasi**".

(119) Bk. İspanyol Anayasası'nın 10. maddesi.

(120) B. Lacroix, "**Les fonctions symboliques des constitutions: Bilant et perspectives**", in J.L. Seurin, éd., Le constitutionnalisme aujourd'hui, Economica, Paris 1984, s. 186 vd.

Normatif anayasalar'ın yanında "**Potemkin Anayasaları**"da vardır. Çariçe Katerina'nın gözdesi Potemkin'in, çariçenin yolu üzerindeki köylere önceden gidip yoksulluğu gizlemek için sadece cephesi olan evler kurdurduğu bilinir. Bu köylere Potemkin köyleri adı verilmiştir. Tek fonksiyonu gerçek iktidar mekanizmasını gizlemek olan anayasalar da "**Potemkin Anayasaları**"dır.

Gerçekten de düşünce ve kurumlar tarihinin gösterdiği gibi, her iktidar teknolojisi, her kurum, yeni iktidar münasebeti ile bağlantılı yeni bir “**Söylev**” yaratır. Ve her kurum onu meşrulaştırır “**Söylev**”i ürettiği ölçüde meşrudur.

18. Yüzyılın sonlarında yeni iktidar mekanizmaları yeni kavramları da getirmiştir: Imperium yerine sosyal mukavele, Tanrısal hukuk yerine milli egemenlik, zümrelerin imtiyazı yerine eşitlik gibi.

Anayasa Mahkemeleri de, İktidarın yeni paylaşımına, Sivil Toplum’un artan rolüne uygun (121) yeni bir “**Söylev**” yaratmış, Demokrasiyi de farklı tanımlamıştır (122).

D. Rousseau’nun “**Droit du Contentieux Constitutionnel**” adlı monografisini bitirirken söylediği gibi: Normun, Yönetici çoğunluğun tek iradesi ile üretildiği ve meşrulaştırıldığı bir siyasi sistemle, normun, çok sayıda iradenin mücadelesi ile üretilen ve meşrulaştırılan, ve bu iradelerden birinin insan haklarının üstünlüğünü ifade ettiği ve tanıdığı bir siyasi sistem karşısında, “**Bir Demokrat**” tercihte tereddüt edemez.

Hangi Anayasa, hangi yargılama sorusunun basit cevabı da bu gerçektir.

---

(121) Cf. L. Cohen Tanugi, *Le droit sans l’Etat*, Paris PUF., 1985; -İD-. *Les métamorphoses de la démocratie*, Jacob, Paris 1989.

(122) D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., s. 384 vd.