

## "HUKUK"LA KAVRANAN "DEMOKRASİ" YA DA "ANAYASAL DEMOKRASİ"

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR (\*)

### Prolog. Bir

"Sarhoşun oğlu, İsa'nın babası, Avrupa Birleşik Devletleri militanı Ernest Renan".

Ya da çelişkiler nasıl yaşanır.

"Ulus nedir?"in yazarı, Ernest Renan'ın (1) "zihinsel yapı"sını (structure mentale) açıklayan "Sarhoşun oğlu İsa'nın Babası, Avrupa Birleşik Devletleri militanı" formülü, uymazlık ya da çelişkileri entellektüel açılımın özü yapan düşünce tarzını adlandırmada kullanılmıştır (2).

Çağının "entellektüel Star"ı olan Renan'ın Yüzyüncü yılı 1992, Avrupa için de kritik bir yıldır. "Avrupa Birleşik Devletleri" militanı Ernest Renan'ın düşüncesi küllerinden yeniden doğmuş, uymazlıkların birlikteliği Çağın kilit-sorunu olmuştur.

"Hukuk'la kavranan Demokrasi, ya da Anayasal Demokrasi" başlıklı bu denemenin "mantığı", uymazlık ya da çelişkileri, entellektüel açılımın özü yapan düşünce tarzıdır. Ve herhalde, Tarihin süratlendiği dönemlerde, farklı bir mantık da kullanılamaz.

### Prolog. İki.

"Yeni Hukuk" nasıl kavranır: Hukuk'un saf teorisinden "Sosyolojik Pozitivizm"e.

Kelsen'in tipik örneğini verdiği, Hukuku kapalı bir düzen sayan ve bu anlayış çerçevesinde, "Hukukun saf teorisi"ni kurmaya imkan hazırlayan "Hukuki pozitivizm" den sonra bugün, farklı bir "pozitivizm" üzerinde düşünölmektedir: "Sosyolojik pozitivizm" (3).

---

(\*) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

(1) E. Renan, Qu'est-ce qu'une nation? Presses Pocket, Paris 1992 (reed.); -ID., Vie de Jesus, Arléa Paris 1992.

(2) Cf. Les 80 livres de l'année, Libération, 1992, s. 58-59.

(3) Bu konuda bk. G. Lebreton, "Ya-t-il un progrès du droit?", D., 1991, C. 99.

Sosyolojik Pozitivizm, Doğal Hukuk metafizik kurgusunu kullanmadan, belli zaman ve mekanlarda insan haysiyetine saygı için gerekli görülen ve insan hakları deklarasyonları, anayasalar, milletlerarası sözleşmeler de, ya da "Yargıçlar Hukuku"nda tanınan hak ve hürriyetleri "doğal haklar" saymak yerine "sübjektif haklar" olarak görmektedir (4).

Hukuku sosyal "background"u ile birlikte düşünen "Sosyolojik pozitivizm", Milletlerarası İnsan Hakları ve Anayasa Hukuklarını, kurulmakta olan "Milletlerarası Sivil Toplum" çerçevesinde düşünmeyi kolaylaştırmaktadır. Başka bir ifade ile "Sosyolojik Pozitivizm", metafizik kurgulara gitmeden, "Hukuk"un yeni şekillenmekte olan yapısını kavramakta operasyonel bir cihazdır.

Farklı bir mantık ve farklı bir metod kullanıldığına göre bu tebliğin alt başlığı, Sadece "Bir deneme" olabilirdi ve öyle de oldu.

## **BAŞLARKEN "ANAYASAL DEMOKRASİ".**

### **KONUNUN İŞARET ŞAMANDIRALARI.**

Bugün teorik şemalar ve özellikle de "Anayasa dogmatikliği" alanı dışında çalışan, Anayasa'nın "gündeliği"ni kavramak isteyen Anayasacı "derisine yapışan bir soru"nu çözmek zorundadır.

Değişen düşünce ikliminde, Klasik Anayasa Hukukunun teorik ve kavramsal cihazlarının ataleti (inertie) ya da donup kalmışlığı karşısında NE YAPMALI?

Anayasa Hukukçusunun çalışma tazgahına yığılan yeni Problemlerin adını koyabilmek için önce, başka bir zamanda başka mekanda üretilmiş kavramsal cihazı yenilemek, Anayasa problematiğini farklı kurmak gerekir. Bu yeni Kavramsal cihazlardan biri de "Anayasal Demokrasi"dir.

---

(4) Topluluk Mahkemesi'nin kullandığı "yorum yöntemleri"nden biri, Karşılaştırmalı Hukuk ya da "Üye Devletler Hukuklarına Ortak Prensipler"e başvurma, bu anlayış çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu konuda özellikle bk. Mahkemenin 18 Mayıs 1982 tarihli, "A.M.S. Europe Limited" c/Commission des Communautés (Rec. CJCE, S. 1605) kararı ve 15 Mayıs 1986 tarihli Johnston karar 4ı (Rec CJCE., s.1663).

Rousseau'cu mistiğe göre, temsilcileri aracılığı ile Ulusun istediği Kanun, Genel iradenin ifadesidir. Bu anlayışın doğal sonucu, Yasama işlemini kutsallaştırmak, Siyasi ve Hukuki Planda üstünlüğünü kurmaktır. Yasama işleminin üstünlüğü, onu onaylayan Parlamento'nun da üstünlüğüdür. Parlamento egemenlik dönemi böyle başlamış, "Yasa-merkezcilik" (légicentrisme) bu şekilde kurulmuş (5), Demokrasi de bu mantıkla tanımlanmıştır.

Rousseau'cu mistiğin can çekişmesi uzun sürmüştü, onu mumyalayıp muhafaza etmek isteyenlerde görülmüştür ama, bugün bu mistik anayasal paleontoloji müzesinin bir parçasıdır (6). Ve bu tebliğin konusu da, bunun böyle olduğunu söylemektedir.

### 1. Folklorik Düşünce Tarzından Gerçekçiliğe : "Öksüz Yıllar"ın

#### Sonu

"Mayıs 1968'de "Kızıl renk" Fransız entellektüel iklimine hakimdi. Sorbonne'un duvarlarında, Marx, Engels, Trotski, Lenin ve Guevara'nın portreleri asılıydı ve bir kırmızı küçük kitap, Mao'nunki, haraç mezat satılıyordu".

Max Gallo, "Mayıs 68"i değerlendirirken bunları yazmıştı. Türkiye'de kendilerine "68 Kuşağı" etiketini yapıştıranlar, "Mayıs 68" in en önemsiz yanını, Marx ilhamlı "İhtilalci Folklor"u öne çıkartıp (7), özü ihmal etmişlerdir: "Hürriyete Talep"

"Mayıs 68", bu anlamı ile herşeyden önce, düşünce hareketleri içinde radikal bir dönüşme ya da farklılaşmadır (8). Ve bugün Marx, XIX, Yüzyılın büyük filozoflarından sadece biri, bir "Düşünce Ustası"dır (Maitre penseur).

Jean - Claude Guillebaud'un "Öksüz Yıllar 1968-1978"de yazdığı gibi, "Şimdi sayfa boş olduğu için sızlanmanın zamanı mıdır?" (9).

---

(5) Bk. D. Turpin, "**Représentation et démocratique**", Droits, 6, 1987 s.82 vd. Bu konuda ayrıca bk. H. Barthélémy, P. Duez. *Traité de droit Constitutionnel*, 1933 (réed. Economica), Paris 1985, s.76 vd.

(6) Bk. C.C. 15 Janvier 1975 AJDA, 1975, note J. Rivero, s.134 vd.

(7) Folklorik düşünce tarzı, Türk intelligentsiasının Çocukluk hastalıklarından biridir ve Türkiye'de "**II. Cumhuriyet Tartışması**"nı da bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

(8) Bk. J.-M. Salmon. *Hotel de l'Avenir*, Presses d'aujourd'hui, Paris 1978.

(9) J.C. Guillebaud, "**Las années orphelines 1968-1978**", Seuil, Paris 1978.

Boukharine'den Akhmatova'ya, Pasternak'tan Chklovski'ye 1920-1930 yıllarında sessizliğe mahkum edilen siyasi-entellektüel kuşağın tanıklarından, 1938 yılının bilinmeyen bir gününde Sibirya sürgün vagonunda ölen Ossip Mandelstam ve benzerleri, düşünce ikliminin yenilenmesini hazırlamış, Yeni insan hakları politikasını beslemiş, Toplum-Devlet münasebetleri farklı düşünülmeğe başlanmıştır (10).

Bugün yeni düşünce ikliminde Fert, Hürriyet, Demokrasi "**Burjuva Söylevi**"nin Kavramları olmak yerine medeni hayatın vazgeçilmez değerleridir ve adı ne olursa olsun "**Tarihin Sonu**" adına feda edilemezler (11). Bütün "**İktidarlar**"a karşı İnsan Hakları, "**Marxism Sonrası Düşünce**" ikliminde önemli yer tutar (12).

J.-C. Guillebaud'un "**Öksüz Yılları**"ndan sonra, "**Boş Sayfa**", "**İnsan Hakları Yeni İdeolojisi**" ile yeniden yazılmaya başlanmış (13), "Demokrasi"de farklı düşünülmüştür.

"**Jacobins**" Devletlerde, demokratik "**Credo**", sadece genel oy ve çoğunluğun kuralı üzerine kuruludur. Bugün, kurulmakta olan "**Anayasa Hukuk Devleti**"nde (Etat de droit constitutionnel), Demokrasi, çoğunluk kuralı ile temel prensip ve hakların korunması, "**Seçimsel Meşruiyet**" (légitimité électorale) ile "**Hukuki Meşruiyet**" (légitimité juridique) sürekli gerilimin sonucudur (14).

---

(10) Bk. N. Mandelstam, Contre tout espoir. Gallimard. Paris 1972, Ayrıca bk. A. Glucksman, La cuisine et le mangeur d'hommes. Essai sur les rapports entre l'État, le marxisme et les camps de concentration. Seuil, Paris 1975.

(11) Düşünce ikliminde bu radikal değişme için bk. "**Les Dieux dans la cuisine. Vingt ans de philosophie en France**". Dossier du Magazine littéraire. Aubier-Montaigne, 1978. Revue Autrement, "**Dix années sacrilèges: 68-78**", 1978.

(12) Bu konuda özellikle bk. A. Glucksmann, Le XI. Commandement, Flammarion, Paris 1991.

(13) Türkiye'de, Anayasa değişikliği tartışmaları çerçevesinde şekillenen grupların adlarını ve mesajlarını da bu yeni ideoloji şekillendirmeye başlamıştır. "**Demokratik katılımcılar girişimi**", TÜSES'in desteği ile gerçekleştirilen "**Toplumda dialog Forumu**", "**Helsinki Yurttaşlar Meclisi Türkiye Girişim Komitesi**", Mülkiyeliler Birliği ve Basın Konseyi etkinlikleri, "**Sivil Demokratikleşme**" tartışmasını başlatmıştır.

(14) Bk. Laurent Cohin-Tanugi, L'Europe en danger, Fayard, Paris 1992, s. 130 vd.

## 2. Yargı ile Yenilenen Devlet Anlayışı: "Cumhuriyet Eksiği"ni

### Giderme Formülü: "Anayasal Demokrasi".

Bugün Demokrasi, "Hukuk"la da tanımlanmakta ve Yargı ile yenilenen Devlet anlayışı, "Anayasal Demokrasi"nin özelliği sayılmaktadır.

Devletle yönetilen sistemlerin tipik örneği Fransa'da "Cumhuriyetçi Düşünce". Eski rejimin silinmez izlerini taşıyan (Egemen) İdari Devlet'in doktrindir. Egemenlik de, bu anlamı ile, Cumhuriyetçi problematiğin merkezinde yer alır. Yargının bir "İktidar" değil ama "Otorite" sayılmasının ve gerçek kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilememesinin nedeni de budur. Bu anlayış "Cumhuriyet Eksiği"ni getirmiş ya da, Cumhuriyet'in demokratik gelişmesini engellemiştir (15). Benzer bir tespit Türk Siyasi-Anayasal Sistemi için de geçerlidir ve Türkiye'de de, İdari Devlet, "Cumhuriyet Eksiği" ya da Cumhuriyetin Demokratikleşmesi, adı konmadan tartışılan bir problem-dir.

Hukuk'a demokratik talebin cevaplanabilmesi, Devleti "Yargı" ile yenilemeyi gerektirir. Bunun anlamı Hukuk Devleti'nin takviyesi ve özellikle de "Anayasal Demokrasi"nin gerçekleştirilmesidir. Bu formül önce, "Cumhuriyet Eksiği"ni giderme formülüdür.

Bugün Toplum, sadece milli değil ama milletlerarasıdır. Ve eskilerin dediği gibi, her toplum kendi hukukunu salgılar: "Ubi societas ibijus". Ve hukukun gerçeği kelimenin objektif anlamında-kendini kabul ettirmektir. Milli sınırlar da bunu engelleyemez (16).

---

(15) Bk. B. Barret-Kriegel. "La République Insuffisante", Libération, 25 Mars 1992.

(16) Bugün milletlerarası münasebetleri düzenleyen hukuk kurallarının çoğalmasının ötesinde, hürriyetlerin korunması adına müdahale hak, belki de ödevinin doğuşuna tanık olmaktadır. Bu konuda bk. M. Bettati, "Un droit d'indérence?", RGDIP., 1991 s. 639. vd.; S.J. Giol, "International claims arising from Iraq's invasion of Kuwait". The International lawyer, 1991. s.713 vd.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 23 ve 25 Temmuz 1991 tarihli kararları bu gelişmeyi tescil eden kararlardır. Bu gelişmenin izleri Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da görülür. Bk. F. Luchaire. "Le conseil Constitutionnel et la Souveraineté nationale", RDP., 1991. s.1499 vd. AYM.sininin 1988'3 karar sayılı kararı. bk. B. Çağlar. Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargı-cı. Yenilenen Anayasa düşüncesi üzerine, Anayasa Yargısı, Ankara, 1991.

Pan-Avrupa Bill of Rights'ı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, insan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin "**Anayasal Cihazı**" (Constitutional instrument) olurken, "Maastricht" Antlaşması da, Topluluk Üyesi Devletlerin dörtte üçünde Anayasa değişikliği gerektirmiştir. "**Ubi Societas ibi jus**" formülünün anlamı budur.

Bu çerçevede "**Anayasal Demokrasi**", sadece milli anayasa hukuklarının değil ama, kurulmakta olan "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**"nun sorusudur.

## **BAŞLIK BİR**

### **ANAYASA'NIN "ANALIK DAVASI" VE**

### **"YARGIÇLAR HUKUKU"**

Birden çok analık adayının bulunduğu Anayasa'nın "Analık Davası" görülmesi zor bir davadır.

Anayasal söz üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanması, Anayasa Mahkemelerini de "**Policy Maker**" yapmış, "**Yargıçlar Hukuku**", "**Hukuk Devleti**", "Anayasal Demokrasi"nin kurucu unsuru olmuştur.

D. Chagnollaud'un "**Anayasa Konseyini Yoklamak mı gerekir**" başlıklı yazısında belirttiği gibi (17), bugün, Hukuk Devleti İdeolojisi'nin gücünü açıklayan, Siyasi ideolojiler karşısında düşükrıklığıdır.

**Anayasal Demokrasi**, bir sürecin adıdır: Anayasanın yetkili "**Okuyucusu**" monopolünün, siyasi sınıfın bir kesitine verilmesinden, "**anayasal söz**" üzerinde rekabete geçiş süreci.

Bu çerçevede, Anayasal demokrasi, anayasal söz üzerinde genişleyen rekabeti ya da **anayasal söz üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanmasını ifade eder** (18).

Hukuki kategorilerin sosyal ve politik kullanımı da değişmiş, "**Hukukla kavranan politika**" formülü (19) bu nedenle getirilmiştir. Bu gün anaya -

(17) D. Chagnollaud, Libération 26 Janvier 1993.

(18) Anayasal söz üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanması konusunda bkz. B. François, "Le juge, le droit et la politique: éléments d'une analyse politiste", RFDC 1, s. 48 vd.)

(19) Cf. L. Foverau, La politique saisie par le droit, Paris, Economica, 1988.

sal sistemin "aktörleri" arasında yargıçlar da vardır.

Anayasal sistemin "**Hukukla anlaşılabilir-kavranabilirliği şeması**" "**Registre d'intelligibilité juridique du régime**" bu gerçek üzerine kuruludur. Ve bugün, "**Yeni Anayasa Hukuku**" problemiği de, kısaca budur.

"**Siyasi oyun**" aktörlerinin uzlaşmazlıklarını Hukukla çözmesi (Muhalefetin anayasa yargısı yolunu kullanması gibi) (20). Politikada, "**dışındalama prensibi**"nin (le principe d'exclusion) de sonudur.

"**Dışındalama Prensibi**" (21) Sistemin düzenlemek-çözmekle yükümlü olduğu uzlaşmazlıkların, Sistem üzerinde uzlaşmazlık gibi gösterilmesi, bir "**Aktör**" ya da Partinin "**Sistem**"in koruyucusu, diğer aktör ya da partilerin "**Sistem**"e muhalif ya da "aykır" sayılmasıdır.

"**Kurumların**" tek-yetkili okuyucusu ya da "**dışındalama formülü**", "**Sandıksal Demokrasiler**"de yaşanmış bir gerçektir. Oysa bugün, "**Anayasal Demokrasiler**"de, Siyasi-hukuki çatışmalarda, Anayasa Mahkemeleri, siyasi sürecin belirleyici aktörleri konumuna gelmiş, R. Dahl'in ifadesi ile, gerçek karar iktidarına sahip "**Policy-maker**" olmuşlardır.

Anayasayı yorumlayan Anayasa Mahkemeleri, normatif süreci kilitleme teknik imkanına da sahiptir (22).

---

(20) Fransa'da Siyasi-Hukuki çatışmalarda, Anayasa Konseyi'nin (Conseil Constitutionnel) siyasi sürecin belirleyici aktörü olması konusunda bk. J. Keller, "**Confrontations juridico-politiques: le Conseil Constitutionnel face au gouvernement socialiste comparé à la Cour Suprême au New Deal**", Pouvoirs, 35, 1985; J. Keller, A. Stone, "**L'affrontement juridico-politique dans la France de Mitterand: l'apparition du Conseil Constitutionnel comme acteur essentiel du processus politique**", in S. Hoffmann, G. Ross, dir. L'expérience Mitterand. Continuité et changement dans la France contemporaine. Paris, PUF., 1988.

(21) Bk. B. Manin, "**Pourquoi la République?**", Invention, 10, 1984.

(22) Bu teknikler içinde "**Terreur manifeste d'appréciation**" (açık değerlendirme hatası), "**yorumlu red kararı**" ya da daha doğru bir ifade ile "**yorum kayıtlı uygunluk**" (la conformité sous réserve d'interprétation), Anayasa Mahkemelerini "**Policy-maker**" yapan tekniklerdir. Bu konuda bk. L. Habib, "**La notion d'erreur manifeste d'appréciation dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel**", RDP., 1986, s., 695. F. Moderne, "**La déclaration de conformité sous réserve**", in L. Favoreu, Le droit constitutionnel et les partis politiques. Paris, Economica, 1988, s.93 vd.

## 1. "Anayasal Demokrasi"de "Sandık Meşruyeti"

### ve "Cüppe Meşruyeti"

#### 1.1. Montesquieu'nün aşılması, Portalis'in güncelliği: İlk yedi yargıcın isim babası kimdi? ya da Anayasallaştırılan milletlerarası anlaşmalar.

Roma sözleşmesi'nin redaktörlerinden, Topluluk Mahkemesi yargıcı Pierre Pescatore'nin not ettiği gibi (23), Yargıcın "normatif iktidarı"nı reddeden Montesquieu, Fransız İhtilalinin ilk yıllarından başlayarak aşılış, "Code civil" (Medeni Kanun) in yazıcılarından Portalis'in düşüncesi ise güncelliğini korumuştur.

Topluluk sisteminde, ilk Mahkemeyi oluşturan ve Mahkeme jürisprüdansına kimliğini veren yedi yargıç, "Latin" hukuk geleneği içinde yetmişmiş yargıçlar, Portalis düşüncesinin şekillendirdiği Fransız Medeni Kanununun 4. maddesi espirisi içinde kalmışlardır. Yargıçların misyonu, sosyal hayatın gündelik işleyişini sağlamak ve önerilerine getirilen uzlaşmazlıkları çözmek olmuştur. Yargıçlar sosyal mekanikte tıkanıklıkları giderirken, bir anlamda, "sosyal mühendis" rolü üslenmişlerdir.

Amerika Birleşik Devletlerinde, tarihi ve federalizmi şekillendiren, ünlü *Marbury V. Madison* kararı ile başlayan jürisprüdanstı yeniden keşfeden, Topluluk Mahkemesi yargıçları, Supreme Court yargıçları ile aynı kaygıyı paylaşmışlardır: Bütünün tutarlılığını sağlamak. Bu çerçevede, Topluluk Mahkemesi, 1964'den başlayarak, "Quasi-fédéral" (federal benzeri) bir hukuk sisteminin kurucu unsurlarını getirirken, ferdin hak ve hürriyetlerini de korumuştur. Tek Senet ve Avrupa Birliğini kuran "Maastricht Anlaşması"da yargıcın büyüyen rolünü teşçil etmiştir.

Bu gerçek, benzer sorunlarla karşılaşan yargıçların benzer şekilde davrandıklarını da göstermektedir.

Laurent Cohun-Tanugi, "L'Europe en danger", (Tehlikedeki Avrupa) başlıklı son kitabında (24), Topluluk Hukukunun önceliği (la primauté) ve

(23) Bk. P. Pescatore, "Une révolution juridique. Le rôle de la Cour de justice européenne", (entretien avec H. Calvet), in Commentaire, 59, 1992, s.569 vd.

(24) Bk. L. Cohen-Tanugi, L'Europe en danger, Fayard, 1992, s.95 vd.



doğrudan uygulanabilirliği (L'applicabilité directe) doktrinlerini, Topluluk Kurucu Antlaşmasından türeden "**Luxembourg Yargıçları**"nın Yargıç Federico Mancini ve Amerikan hukuk doktrini dili ile Roma Antlaşmasını "**anayasallaştırdığı**"nı söylemiştir (25).

Topluluk Mahkemesi'nin 1963 yılı başlarında verdiği "**Van Gend en Loos**" kararı, Ferdi, P. Pescatore'nin ifadesi ile, Topluluk Hukuku'nun "**nihai tüketicisi**" (consommateur final) yapmıştır.

Mahkeme, antlaşmaların sadece Devletlerin karşılıklı çıkarlarının sınırlarını çizmediğini, ama fertlerin durumu ile ilgili sonuçlar doğurduğunu, fertlere haklar ve yükümlülükler getirdiğini tespit etmiştir. Mahkemenin misyonunu keşfettiği mantık budur.

Roma Antlaşmasının Anayasallaştırılmasında, Topluluk Mahkemesinin kullandığı Hukukun genel prensipleri Teorisi özellikle etkili olmuştur (26).

"Luxembourg Yargıçları"ndan önce benzer bir deneyi "**Strasbourg Yargıçları**" gerçekleştirmiş, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini "**Anayasallaştırmış**" ve Ferdi, Avrupa Anayasa Hukukunun "**nihai tüketicisi**" yapmışlardır.

Anayasallaştırılan iki düzen arasında bütünleşmenin tipik örneklerinden biri Topluluk Mahkemesi'nin, Avrupa Konvansiyonu'nun 10. maddesi ile teminat altına alınan ifade hürriyeti ve İrlanda, Anayasası'nda "**geheliğin iradi kesintiye uğratılmasının yasaklanması ile ilgili, 4 Ekim 1992 tarihli kararı**"dır. (aff. SPUC c/Grogan).

Son bir analizde bugün, Anayasal Söz üzerinde rekabetin, farklılaşan yapılanmasını düşünürken, Anayasallaştırılan milletlerarası antlaşmaları da dikkate almak gerekecek. Demokrasiyi de, anayasallaştırılan düzenler arasında bütünleşme çerçevesinde kavramak gerekecektir.

---

(25) Bk. F. Mancini, "**The making of a constitution for Europe**", in *Common Market Law Review*, vol.26, no.4, 1989; J. Temple Lang, "**The development of European Community Constitutional Law**", in *The International Lawyer*, vol. 25, no.2, 1991.

(26) Cf. 14 Mayıs 1974 tarihli Nold Kararı. Ayrıca Bk. Y. Galmot, "**Reflexions Sur le recours au droit comparé par la cour de justice des communautés européennes**", *Rev. fr. Droit adm.* 6(2), 1990, s. 255 vd.

## 1.2. "Sandık Meşruiyeti"ne eklenen "Cüppe Meşruiyeti" ya da meşruiyetin "Çoğul Hali"

Anayasal Demokrasi, herşeyden önce "MEŞRUIYET" in çoğul halidir. Meşruiyet sadece sandıksal demokrasiden kaynaklanmaz. Lurent Cohen-Tanugi'nin not ettiği gibi, "Meşruiyet" in başka kaynakları, başka faktörleri de vardır. Bu çerçevede, "Sandık meşruiyeti" yanında, Demokrasinin temel prensipleri ve hak ve hürriyetleri koruyan "Yargıçlar Hukuku" ya da "Cüppe Meşruiyeti" de vardır.

Alman dilinde "Rechtsstaat", İngiliz hukukunda "Rule of law" in çokda başarılı olmayan çevirisi ile "Hukuk Devleti" (Etat de droit), sadece "Demokrasi" değildir. İç Hukuk ve Milletlerarası Hukuktan kaynaklanan normları uygulayan bağımsız Yargıç da, Demokratik Meşruiyete ek bir meşruiyet katar.

Bu genel tespitin tipik örneklerinden biri, Topluluk sistemi içinde normatif boşluğu dolduran, yasa koyucunun (Avrupa Toplulukları Konseyi) eksikliğini tamamlayarak içtihadı insan hakları hukukunu kuran Topluluk Mahkemesi'dir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 9 Şubat 1990 tarihli kararında (M.et Co. c/Republique fédérale d'Allemagne. req. 13158/87), Devletin, milletlerarası bir organizasyona yetki devrinin, bu organizasyonda hak ve hürriyetlerin benzer bir korumadan yararlanması durumunda Konvansiyona aykırı sayılamayacağı sonucuna varmıştır. "Le transfert de pouvoirs a une organisation internationale n'est pas incompatible avec la Convention, a contition/que, dans cette organisation, les droits fondamentaux reçoivent une protection équivalente". Bu tespiti yaptıktan sonra Komisyon, Avrupa Toplulukları hukuk sisteminde temel hakların tanındığı ve hukuki bir korumadan yararlandırıldığı not etmiştir (27).

Bugün "İnsan Hakları Avrupa Hukuku" yasama politikalarını etkileyip değiştirirken, milli Anayasa Mahkemeleri jurisprüdansını da yakınlaştırmaktadır.

"Anayasa Yeni Yargıçları"nın birbirini tamamlayan ve aynı yöne yönelen kararları ile, temsili kurumların açık iradesi dışında, bir "Milletlerarası İchtihadi Anayasa Hukuku", yargıç yapısı Anayasa Hukuku kurulmaktadır.

(27) Cf. P. Wachsmann. Les droits de l'homme. Dalloz. Paris. 1992. s. 130 vd.

Bu gelişme, Hürriyetler Anayasa Hukuku'nda iki mekan teorisinin - Milletlerarası ya da Milliüstü mekan ve milli mekan - sonudur.

### 1.2.1. Anayasa Hukukunda "iki mekan teorisi"nin sonu: Yasama Politikasının değişen mantığı.

"İnsan hakları Avrupa Hukuku"nun Yasama politikaları üzerinde etkisine verilebilecek ilk örneklerden biri 3842 sayılı kanundur.

1412 sayılı Ceza Mahkemeleri Usulü Kanunu'nu değiştiren 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı Kanunun gerekçesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (4 Kasım 1950 Roma), AÇIK İnsani Boyut Konferansının Moskova Toplantısı Belgesi ve diğer insan haklarının korunması alanında uluslararası temel belgelere referans yapılırken, Avrupa jürisprüdansiyel Anayasa Hukuku da kullanılmıştır. Gerekçeye göre:

"Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Hollanda ve Belçika aleyhinde yapılan kişisel müracaatlarla ilgili olarak verdiği kararlarda, gözaltı süresinin, adi suçlar için dört günü aşmaması gerektiği görüşünü benimsemiştir. (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, Hollanda aleyhindeki 2894/66 sayılı ve Belçika aleyhindeki 4690/71 sayılı başvurular üzerine verdiği 1966 ve 1973 tarihli kararları).

Avrupa İnsan Hakları Divanı ise, 29 Kasım 1988 tarihli "Brogan ve arkadaşları" kararında (10/1987/133/184-187) Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun yukarıda zikredilen kararlarına atıfta bulunarak, sanıkları dört gün ve altı saat süreyle gözaltında tutmayı, sözleşmenin 5'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen hakkın ihlali olarak vasıflandırmış ve anılan hükümde geçen "hemen" kelimesinin çeşitli nedenlerle daha geniş yorumlanmasının, amaca uygun düşmediğini belirtmiştir.

Divanın söz konusu kararının; sözleşmeye taraf devletlerde büyük yankısı olmuş ve o tarihten itibaren, adi suçlar için gözaltı süresinin en çok dört gün olabileceğine dair içtihat, yerleşik bir nitelik kazanmıştır.

Uluslararası alanda büyük gelişme gösteren insan hakları hukuku verilerinin, çağdaş Türk Hukukuna yansması ve günümüzde uygarlık düzeyinin bir göstergesi olarak kabul edilen insan hakları kavramının Devletimizce benimsenmesi doğaldır. Doğal olmayan, insan hakları huku-

**kunun gösterdiği gelişmelerin hukukumuzda yansıtılmamasıdır" (28).**

3842 Sayılı Kanun'un gerekçesinde kullanılan yaklaşım, "Toth Vak'ası" ertesinde Avusturya Hükümetinin politikası ile açık bir benzerlik içindedir.

Toth Vak'asında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, 12 Aralık 1991 tarihli kararında, Konvansiyonun 5. maddesinin 3 ve 4. paragraflarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Karar ertesinde Avusturya Hükümeti, Bakanlar Komitesi'ne, Konvansiyonun 54. madde gereği verdiği bilgide, Ceza Muhakemesi Usulü Kanununu Avrupa Mahkemesi Kararı çerçevesinde tadil eden bir yasa projesini Parlamente'ye getirdiğini duyurmuş, Adalet Bakanı da bir sirkülerle, yargı yerlerinden, proje yasalaıncaya kadar hak ihlallerinin engellenmesi için gereğinin yapılmasını istemiştir.

### **1.2.2. Milletlerarası İctihadi Anayasa Hukuku ve Anayasa yeni Yargıçları.**

Türk Anayasa Mahkemesi de, "Meşhud Suçların Muhakeme Usulü Vak'ası"nda (29), "Savunma Hakkı"nı korurken, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Mahkemesi içtihadını kullanmış, İnsan hak ve hürriyetlerini "Sadece Ulusal bir Sorun" değil ama Milletlerarası Anayasa Hukuku'nun bir sorunu saymıştır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre "...Savunma hakkı, Anayasa'nın "KİŞİNİN HAKLARI VE ÖDEVLERİ"ni belirleyen İKİNCİ BÖLÜM'ünde yer alan, temel haklardandır.

... Savunma hakkının önemini ve gereğini vurgulayan bir başka kaynak da "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"dir. Türkiye, Sözleşmeyi 4.11.1950 de imzalamış, 10.3.1954 günü, 6366 sayılı Yasayla da onaylayarak yürürlüğe koymuştur. Bu sözleşme, 6. maddesinin 3. paragrafının (b) bendinde, "Her sanık, müdafaasını

---

(28) Kanunun ilk uygulamalarından biri için bk. Askeri Yargıtay, Daireler Kurulu Kararı. E. 1992/10, K. 1992/140.

(29) AYSM'nin 1992/39 karar sayılı kararı. 21367 s. ve 6 Ekim 1992 k. Kararı.

hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak hakkına sahiptir." kuralına yer vererek savunma hakkının evrensel önemini pekiştirmiştir...

... Konuya "İnsan Hakları" ve "hukuk devleti" ilkeleri yönünden yaklaşım da yararlı sentezlere götürecektir.

... İnsan, içinde yaşadığı toplumun bireyi olması kadar, insanlığın da bir üyesidir. Bu durum, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir sorun olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu açıdan Anayasa'nın Başlangıç'ı ve 2. maddesi kuralları gereği olarak "İnsan Hakları Evrensel Demeci" ile "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"yi de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur.

... 3005 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 12. maddesine bu çerçevede içinde haklılığında, savunma hakkına getirdiği üç günlük süre sınırlamasının, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında yazılı "... demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı..." olduğu sonucuna varılmaktadır. Ayrıca, daha önce de adından sözedilen, Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendi uyarınca, her sanığın "Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak..." hakkı vardır. Nitekim Avrupa Konseyi İnsan Hakları Mahkemesi (Adalet Divanı), baktığı davalarda, "Makul ya da yeterli zamanın ne olması gerektiği doğal olarak söz konusu davanın niteliğine ve davanın yer aldığı koşullara bağlıdır." kamasına varmıştır (Colder, Silver, Campbell ve Fell-Birleşik Krallık; Can-Avusturya davaları)."

Danıştay Beşinci Dairesi de önüne gelen bir davada "Bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetler ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceği" sonucuna varmıştır (30). Anayasa Mahkemesinin, 1992/39 Sayılı kararı ile Danıştay Beşinci Dairesi'nin 1991/933 Sayılı kararı arasında açık bir benzerlik vardır.

---

(30) Danıştay Beşinci Daire. E. 1986/1723. K. 1991/933.

İç Hukuk ve Milletlerarası Anayasa Hukuku'ndan kaynaklanan normları uygulayan Danıştay ve Anayasa Mahkemesi kararları "**Sandık Meşruiyeti**"ne eklenen "**Cüppe Meşruiyeti**"nin ya da Meşruiyetin "**Çoğul hali**"nin tipik örnekleridir.

Anayasa Mahkemesi, Evlilik dışı çocuklarla ilgili, 1991/5 karar sayılı kararında, milletlerarası norm'a açılmanın tipik örneklerinden bir başkasını vermiştir.

Mahkeme bu kararı ile, Milletlerarası normlarda, klasik haklarla sosyal haklar arasında silinmekte olan ikiliği, içtihadı anayasa hukukunda da tartışma konusu yapmıştır. Mahkemeye göre, "**İnsan artık yalnızca yaşama hürriyetine sahip olmakla kalmayarak, aynı zamanda, insan haysiyetine yaraşır yaşama şartlarını da bir hak olarak isteyebilmektedir**" (31).

Komünizm-sonrası düşüncede, Milletlerarası Anayasa Hukukunda uzun süredir operasyonelliğini kaybetmiş hak ve hürriyetleri "**kuşak**"lama anlayışı terk edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile "**yükümlülükler altına girdiği**"ni tespit ettikten sonra, insan hak ve hürriyetlerinin sadece milli anayasaların konusu değil, ama, milletlerarası hukukun kurucu unsuru olduğunu belirniş ve insan hakları ile ilgili milletlerarası normları da anayasalık denetiminde "**ölçü normlar bloku**" içine sokmuştur (32).

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi Vak'asında da, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anayasa hukukunun yumuşak yasasını. "**Yeni bir Avrupa için Paris Yasası**"nı, siyasi partilerin anayasal düzeni teorisine içine sokmuştur (33).

---

(31) Anayasal teninattan yararlanması gereken sosyal hakların "**Sert-Çekirdeği**" konusunda bk. G. Malinverni, "**La mise en oeuvre des droits sociaux**". Demokratik Kurumlar AGİK Semünetine sunulan tebliğ. Oslo. 1991.

(32) AYM. 1991/5 karar sayılı Kararı. 27 Mart 1992 t. ve 21184 t. RG.

(33) Bk. AYM. si 1991/1 (Parti kapatma) sayılı Kararı. 28 Ocak 1992 t. ve 21125 S. RG.

Sonuç da söylenmesi gereken, belki de şudur. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin yeni kararları, Türk anayasal sisteminde, iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcıdır. Milletlerarası içtihadı anayasa hukuku yeni mekanında, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi de vardır.

## 2. Anayasa Klasik Postulat'ının Sonu: Hukuk'a Demokratik Talebin Kurumsallaştırılması

### 2.1. "Çoğunluk Mantığı"nın sınırları: Ferdi normatif iktidarın kullanımına katmak.

Klasik Anayasa Teorisi bir Postulat üzerinde kuruludur: **Siyasi hürriyet, iktidarlara münasebetin anayasal düzenine bağlıdır.** Bunun içindir ki, basım tarihleri yeni olsa da, Klasik Anayasa Teorisini yeniden yazan Anayasa Hukuku el kitaplarında, Hak ve Hürriyetler Sistemi'ne yer verilmez.

Oysa, Sistem, Parlamenter, Prezidansiyel ya da Yarı-Prezidansiyel olsa da, Kural koyma ya da Normatif İktidar üzerinde Hakimiyeti, kazanan taraf ve onun yöneticisine veren "**Çoğunluk Mantığı**" gereğince, İktidar Birlik ya da Bütünlüğü Yürütmede gerçekleşir.

İspanyol, Portekiz, İsveç, Avusturya, Almanya Anayasaları Yasama ve Yürütmenin yetkilerini ve aralarındaki münasebetleri farklı düzenler ama, bu sistemlerin hepsinde Yürütme, Başbakanın kişiliğinde "**Siyasi Oyun**"a hakim olur ve Parlamento'yu da çok kere Kayıt Odası durumuna sokar.

Birleşik Devletler Prezidansiyel Sistemi ise, Parlamento'nun özerklik ve gücünü sağlamaktan çok, Başbakan çeşitli tekniklerle politikasını Kongre'ye kabul ettirdiği bir "**Kulvar Parlemantarizmi**"dir (parlementarisme de couloir).

İktidar Birlik ya da Bütünlüğü ile "**Politika**"dan yoksun bırakılan Ferdi, "**Politika**"da yeniden etkili olabilmesi, "**Normatif İktidar**"ın kullanımına katılma şartına bağlıdır (34). Bu şartın gerçekleşmesi için, fertlerin, normların Anayasaya uygunluk denetimini yapan mekanizmaların işleyişine katılması gerekir. Demokrasi, sadece İktidarın Kaynağı ile değil, ama iktidarın denetimi mekanizmalarına katılma kanallarının genişliği ile de tanımlanır.

---

(34) Bk. D. Rousseau. "Une révision pour les citoyens?". Libération 27 Mars 1992.

Milletlerarası normatif metinlerin birlikte okunması, "**Demokrasi**"nin milletlerarası kamu düzeni sayılabileceği ve bu düzenin kamu otoritesi-fert arasındaki münasebetler yeni felsefesini de şekillendirdiği sonucuna götürmektedir. Orta Çağ'ın Soylu-soysuz Burjuva ihtilallerinin Yöneten-Yönetilen ayırımından sonra bugün, Hukuk Politikası'na, ve bu yolla Onuruna sahip çıkan "**Fert**" anlayışına ulaşılmıştır (35).

Denetimin demokratikleştirilmesi, "**Mutlak Demokrasi**"den "**Anayasal Demokrasi**"ye geçişin başlangıcıdır. Hukuka demokratik talebin kurumsallaştırılması ise, "**Anayasal Demokrasi**"nin tanımıdır (36).

"**Çoğunluk kurah-Demokrasi**" Teorisi dışında, başka kurucu unsurlara, fren ve karşı-ağırlıklara öncelik tanıyan, Çoğunluğun denetim alanı dışında kalan İnsan haklarını kavrayan, ikinci bir Demokrasi de vardır. Bu anlamda İktidarların fragmantasyonu ya da bölümlenmesi, Demokrasi'nin alt yapısıdır (37). Ve bugün "**Hukuk**" bu topografya içinde yerini almıştır.

Demokrasi anlayışında bu değişimler Anayasa değişikliği yeni arayışlarını da şekillendirmeye başlamıştır. Fransa'da "**Vedel Projesi**" bu konuda verilecek tipik örneklerden biridir.

## **2.2. Fransa'da Anayasa Değişikliği - Vedel Projesi : 58 motörü içine biraz daha Parlamento ya da "Bonapartist Anayasal mimariyi demokratikleştirmek".**

Fransa'da başkanlığını George Vedel'in yaptığı "**Comité consultatif constitutionnel**" (Anayasal Danışma Komitesi) nin hazırladığı Anayasa Değişikliği projesinin iki mantığından ilki, "**58 Motörü içine biraz daha Parlamento**" eklemek, kısaca, 1958 - 62 Anayasasının Parlamentonun yetkilerini kayıtlayan kurallarında ayıklamaya gitmek, kurucu güvenoyunu getirirken, parlamenter kuruluşurma komisyonlarını anayasallaştırmak olmuştur (38).

---

(35) "**Anayasal Demokrasi**" konusunda bk. D. Turpin. Droit Constitutionnel. PUF., Paris 1992 s. 6 vd.; D. Rousseau. Droit du contentieux constitutionnel. Montchrestien. Paris, 1990. s. 365 vd.

(36) Cf. P.- M. Dupuy. "L'individu et le droit International Théorie des droits de l'homme et fondements du droit International". APD., 1987 s. 119 vd.

(37) Cf. R. Dahl. Democracy in the United States. Rand McNally. Chicago. 1972 s. 187 vd.

(38) Bk. Libération, 16 Février 1993.



Projenin ikinci mantığı, Oliver Duhamel'in ifadesi ile "**Démocratie gouvernante**" yanında "**Démocratie délibérante**"ı canlandırmak, özellikle de azınlık tahrikli (parlamento üyelerinin beşte biri ya da seçmenlerin % 10, yüzde onu) referandum mekanizmasını getirmek olmuştur. Proje seçmen tahrikli referanduma bir "**Anayasa Filtresi**"de eklemiş ve önerilen sorunun temel haklara ve yürürlükteki antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa Konseyine verilmiştir.

Alain Duhamel'in not ettiği gibi (39), Vedel Komisyonu raporu, karşı-iktidarlar ve denge-iktidarlarını, özellikle de Yargıyı güçlendirme, V. Cumhuriyeti demokratikleştirme arayışının ilk sonuçlarından biridir.

---

(39) A. Duhamel, "**La République gouvernementale**", Libération 12 Février 1993.

## BAŞLIK İKİ

### "ULUS - DEVLET" SONRASI ANAYASA TEORİLERİ VE DEMOKRASİYİ FARKLI DÜŞÜNMEK

Klasik Demokrasi anlayışı, "Ulus-Devlet" mekanında kurulmuştur. "Ulus Sonrası İdeoloji"de Demokrasinin anlamı da değişmiştir. Ancak, demokratikleşme sürecine giren "Öteki Avrupa" bir "Aşiretler Avrupası" olma istidadı taşımaktadır.

Ütopya ya da hayallerle gerçeği kaplamak yerine olayları görmek gerekir. Ulus Devletlerin "Kapalı-Toplum" anlayışından, halkların "Açık Toplum" anlayışına geçişte hatırlanması gereken ilk sorun, belki de, budur.

#### 1. Ulus - Devlet Sonrası İdeoloji ve Demokrasi'nin Çoğul Hali

##### 1.1. Rouget de Lisle'in yerine Beethoven'i koymak ya da Beethoven'la dinlenen "Anayasa".

"Ulus - Devlet" kavramı, tarihi bir formasyonun, yapılanma biçiminin adıdır. Maastricht Antlaşması tartışmaları "Ulus-Devlet"i bu anlamı ile kavramıştır (40).

Ulus-Devlet İktidarını kuran "Egemenlik hakları" devirleri, "Maastricht Avrupası"nm şekillendiren yeni kurumsal yapılar, Siyasi-ekonomik düzeyde, "Ulus-Devlet" sonrası ekonomik teorileri (41) ve Anayasa teorilerini gündeme getirmiştir.

"Marseillaise"nin sözlerini değiştirme ya da Rouget de Lisle'in yerine Beethoven'i koyma arayışları, bir düşünce ikliminden bir başka düşünce iklimine geçildiğini göstermektedir.

Milliyetçiliğin ve "Milliyetçi Cephe"lerin kaynağı "Millet" ve, onunla bütünleşen "Devlet", Maastricht Antlaşması metninin unutulandır.

"Ulus-Sonrası İdeoloji" (Idéologie post-nationale), özerk Anayasa Hukuku tarihlerinin Sonu, yeni "Anayasa Teorisi"nin başlangıç noktasıdır.

---

(40) M. Gallo, L'Europe Contre L'Europe, Rocher, Paris 1992.

(41) Ph. Simmonot, Doll'Art, Paris 1990.

1992 "Helsinki Zirvesi Deklarasyonu"nda, Totaliter rejimlerin ve üzerine kurulu oldukları ideolojinin çöküşünden sonra, Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı'na taraf Devletlerin, "Demokrasi"yi, Siyasi, Sosyal ve Ekonomik hayatlarının temeli olarak kabul ettikleri not edilmiş, ortak değerlerin paylaşılmasında alınan mesafe üzerinde durulmuştur (42). Helsinki deklarasyonu'nun Global Demokrasi anlayışı - Siyasi, Sosyal ve Ekonomik Demokrasi - Demokrasiyi farklı düşünmenin ne anlama geldiğini de göstermektedir.

## 1.2. "Hukuk"la Demokrasi : "Demokrasiye anayasal yaklaşım" ve "Anayasal Demokrasi".

1990'lı yıllarda Merkezi ve Doğu Avrupa, ya da "ÖTEKİ AVRUPA"da Milliyetçilik genel bir Vak'a haliye gelmiştir. "Milliyetçilik", politik mekanda olduğu kadar, uzun süre bu mekânın görünmeyen olan Toplumda da, esas üzerinde tartışmanın ana teması olmuştur (43).

45 yıllık Enternasionalizm ve anti-faşizm'den sonra, Budapeşte, Prag, Varşova, Bükreş... "Eski şeytanların yeni beşiği" olmuştur (44). Serbest seçimlerle kurulan parlamentolarda aşırı-sağ partiler, toplam oyların yüzde üçü ile yüzde sekizi arasında marjinalleştirilmiş olsa da demokratikleşme sürecinde çözülemeyen sorunlar, "Ülralar" için elverişli bir iklim yaratmaktadır. Herkes kimliğini yeniden bulmakuma arayışı içindedir. **Şovenlik** (uç-milliyetçilik), **hoşgörüsüzlük**, "etnik arındırma" operasyonlarına götürecek ölçüde dramatik çatışmaların kaynağı olmuştur.

Ancak bu sorunu, sadece "Öteki Avrupanın" sorunu olarak görmek gerçekçi olmaz. Fransa'da yabancıları transit bölgelerinde tutan uygulama ve bu uygulamayı fert hakkının ciddi ihlali (Voiir de feit) Sayan Paris "**Tribunal de Grande Instance**"nın 23 Mart 1992 tarihli kararı, bu konuda verilebilecek tipik bir örnektir (45).

---

(42) Cf. CSCE. Document de Helsinki 1992. "Les Défis du Changement".

(43) Bk. B. Pagueteau. "La société contre elle-même: choses vues en Roumanie". in Commentaire, no. 59, 1982.

(44) Libération, 12 Février 1993.

(45) Cf. Recueil Dalloz-Sirey, 1993. Jurisp. S. 47. note D.M. Desgrées du Lou.

"Öteki Avrupa"da sorunun, Ulus-Devlet mekanında çözülememesi durumunda milletlerarası anayasa hukuku mekanında, R. Badinter, Lord Owen projeleri gibi... farklı projeler de üretilmiştir.

Parlamentar Assamble'nin 3 Ekim 1992 oturumunda Lord Owen, İnsan Hakları alanında, Avrupa Konseyi mekanizmalarının ve denetim prosedürlerinin, henüz Konsey üyesi olmayan devletlerde de uygulanabilmesi için bir öneri getirmiştir. Bu öneride İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi, ve bu Sözleşme çerçevesinde gelişen "Case Law"ın Komisyon üyesi olmayan Devletlere uygulanabilmesi için adhoc bir yargılama mekanizması (Özellikle Bosna-Hersek için) tasarlanmıştır. Bu öneri Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı, (AGİK) özellikle de 1991 tarihli AGİK İnsani Boyut Konferansında şekillenen düşünceler üzerine kuruludur.

"Öteki Avrupa", sistemlerinin üçlü değişimini başlatmıştır. Politik değişme, -tek partili sistemden Plüralist Demokrasiye geçiş. -Ekonomik Değişme- "Piyasa Ekonomisine". Ve sonucusu, özellikle Hukuk planında, Milletlerarasılaşıma sürecine giriş.

Bu çerçevede, "Öteki Avrupa"da "azınlıklar problemi"nin nasıl yönetileceği sorusu, bütün ağırlığı ile, gündeme gelmiştir (46).

1991 tarihli Romanya yeni Anayasasının azınlık haklarına, Devletin "teklifi ve bölünmezliği" çerçevesinde getirdiği çözüm, kurucu referanduma katılma oranını düşürmüş, katılma oranı % 69'da kahrken, Anayasa, katılanların sadece % 53.5 ince kabul görmüştür (47).

"Öteki Avrupa"nın dilemması, Milletlerarasılaşıma sürecinde Ulusal kimliğini bulma arayışıdır.

Yeni kimliğini arayan "Öteki Avrupa"da değişme ve çatışmaların nasıl yönetileceği, önce bir "Hukuk Sorunu" olarak görülmüş, "Demokrasiye Anayasal Yaklaşım" bu çerçevede düşünülmüştür.

---

(46) Bk. P. Kende, "Comment gérer le problème des minorités en Europe centrale et orientale?", in E. Lhomel, Th. Schreider, éds., L'Europe centrale et orientale, Doc. française, 1992, s. 21 vd.

(47) Anayasanın yorumu için bk. M. Sfahir, in RFE, 10 Ocak 1992. Ayrıca bk. L'Europe centrale et orientale De l'espoir aux réalités, Doc. française, 1991.

Bir "barışlandırma" teknolojisi olan Hukuk yeni bir misyon yüklenmiş, değişme-demokratikleşmenin "yönetilmesi"nde etkili bir cihaz olmuştur. "Hukukla Demokrasi" formülünün anlamı da budur. Demokratikleşme Sürecine giren Sistemlerde, Yeni Anayasalardan önce "Haklar Şartı" ya da Deklarasyonlarının kabul edilmesi ve Anayasa Mahkemelerinin kurulması, Demokrasiye anayasal yaklaşımın tipik göstergeleri, Hukuk teknolojisi ile yenilenme arayışlarıdır.

Ancak, "Öteki Avrupa"da, "Hukukla Demokrasi" formülünün ateşle sınanması dönemi de başlamıştır (48).

## 2. Ulus-Devlet'lerin "Kapalı Toplum" anlayışından, halkların "Açık Toplumu" anlayışına geçiş ve farklı düşünülen demokrasi.

Anayasa Mahkemelerinin kurulması ve "Hürriyetler-Şartı" Anayasa düşüncesini şekillendiren "İçtihatî Anayasa Hukuku" ya da "Constitutional Common Law"ın gelişmesi, "Milletlerarası Anayasa Hukuku"nun kurulması ile "Klasik Anayasa Şeması" değişmiş, anayasal "Mekan"lar farklılaşmıştır. Mekanlar farklılaşması, Anayasa teorisinde, İnsan Hakları Hukuku'nu da farklı düşündürmüştür.

Parlamento ve Yürütme Cihazları "Siyasi Toplum Mekanı"nda yer alırken, Anayasa Mahkemeleri farklı bir "Mekan"da, "Sivil Toplum Mekanı"nda yer alır (49).

"Ulus-Devlet"lerin "Kapalı Toplum" anlayışından, halkların "Açık Toplum"u anlayışına geçiş, Sivil Toplum mekanını değiştirmiştir. Bugün, Milli-üstü ya da Milletlerarası bir Sivil-Toplumun varlığından söz edilmektedir.

---

(48) Bu konuda bk. Jean-François Kahn, "İlyä soixante ans, Hitler prenait le pouvoir. Peut-il nevenir?" L'Evenement, No. 430, 1993, s.44 vd.

(49) Bk. D. Rousseau. Droit du contentieux constitutionnel. Montchrestien. Paris 1990. s.369 vd.; B. Çağlar. "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı. Yenilenen Anayasa kavramı üzerine düşünceler" in Anayasa Yargısı. Ankara 1991. s. 13 vd.

## 2.1. Hukuk-Kanun-Jürisprüdans arasında farklı kurulan münasebet.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Topluluk Mahkemesi. "Anayasa Yargılaması" yapan mahkemelerdir ve bu anlamda "Milletlerarası Sivil Toplum"da yer alırlar. Bu mahkemeler jürisprüdansı ile milli mekanlarda çalışan Anayasa Mahkemeleri jürisprüdansı arasında görülen yakınlaşma, "Kapalı Toplum Anlayışı"ndan "Açık Toplum Anlayışı"na geçişin göstergesidir.

E. Garcia de Enterría'nın not ettiği gibi. Strasbourg yargılama sistemi. Komisyona ferdi başvuru hakkını ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini tanıyan devletler için Anayasa Yargılaması değerindedir. Konvansiyon normlarının ihlali, Avrupa Mahkemesi önünde, milli bir yasayla meşrulaştırılmaz ve yasaların üstünde yer alan bir Mahkeme de Anayasa Yargısı'nın çekirdeğini meydana getirir.

Bu mantık çerçevesinde Topluluk Mahkemesi de, Anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir. Bunun da ötesinde Mahkeme, "Law-making power" (kural koyma iktidarı) kullanmakta, Avrupa Konvansiyonu düzenlemelerini de Topluluk Hukuk düzenlemesi gibi yorumlamaktadır.

"Milletlerarası Norm"a açılma. Milli-Üstü mahkemelerle, Anayasa Mahkemelerini yakınlaştırmıştır. Adı konmakta olan yeni Anayasa Hukuku'nun mekanı, "Milli-üstü Açık Toplum", milli bölümlenmişliğin ötesinde farklı bir yapılanma mekanıdır.

Bugün, Düzenleyici cihazları, Siyasi ve Hukuki çerçeveleri ile, Milli Ekonomi üstünlüğünün belirlediği tarihi bir safhadan bir başka safhaya. Avrupa Ekonomik Mekanı gibi, farklı ekonomik mekanların kurulduğu tarihi bir safhaya geçilmektedir.

Bu tarihi gelişme, sosyal-siyasi uzlaşmazlıkları çözüme cihazi olarak, "Yargıçların Hukuku" ya da "jürisprüdans"ın da, global toplumlar ötesinde düşünülmesini gerektirir. Yeni mekanlar, Hukuk kuralları gibi, düzenleyici cihazlarını da üretir. Avrupa Mahkemesi'nin "Yazısız Normlar" anlayışı, "Yargıçın Normatif İktidarı"ını tescil etmiş. Kanun-Jürisprüdans-Hukuk arasında münasebetler farkı kurulmaya başlanmıştır. "Avrupa Common Law"ı bu gelişmenin sonucudur.

Jürisprüdans, sadece Hukuki bir Olay değil ama Sosyal bir Olaydır ve global toplumlarda, Siyasi-sosyal uzlaşmazlıkları çözüme mekanizması olarak

görüür. Belirleyici fonksiyonu normların üretilmesi olan Jürisprüdans, bir hukuk kaynağı olarak (50), "**Hukuk**"un barışlandırma misyonunu da üstlenir.

"Genel İrade"nin ifadesi "**Kanun**" anlayışından, Politikamın ifadesi ve aracı "**Kanun**" anlayışına geçiş (51), Jürisprüdansın da, Siyasi-Sosyal mücadelelerin konusu olarak kavranmasını kolaylaştırmıştır (52).

Jürisprüdansı, "**Politika**"dan arındırma formülü olarak düşünülen "**Yansız değerler ya da prensipler**" (Neutral principles) ya da yargıcın "**Hukuk**"a uygunluk denetimini, Usul ya da teknik problemlerle sınırlayan anlayış (53), çok kere, yargısal muhafazakarlığın kod adı olmuştur (54).

Kurulmakta olan "**Avrupa Common Law**"ında "**kod adı**" farklıdır. Avrupa Mahkemesi'nin Teleolojik (amaçsal) bakış açısıyla geniş yorumladığı Konvansiyon düzenlemeleri, "**Yanlı değerler ya da Prensipler**" tartışmasını özellikle Yargıç Fitzmaurice'in karşı oyları ile, Avrupa Mekanında da başlatmıştır (55). Hukuk, önce bir "**Değerler Sistemi**"ni "**Norm**"laştırılması ise, "**Yargıç yapısı Hukuk**" ya da jürisprüdansı, bu Değerler Sistemi dışında düşünmek mümkün değildir.

Bugün "**Kanun**"dan anlaşılan Sadece "**Devletin Hukuku**" değildir. Klasik Anayasa Şeması değişirken, "**Jurisprüdans**"ın da (milli ve millüstü) hukuk kaynakları içinde yeri değişmiştir. Uzlaşmazlıkları barışlandırma tekniği olarak "**Jurisprüdans**", Barışın kimin barışı olacağına cevap getirdiği ölçüde, siyasi-sosyal mücadelelerin de konusu olmuştur. "**İnsan Hakları Yeni Hukuku**"nun şekillenmesinde, jürisprüdansın artan rolü, İnsan hakları klasik "**Anayasa Problematığı**"ni de değiştirmiştir.

---

(50) Cf. R. Séve. "**Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores**". APD. 1982. s.259 vd.

(51) F. Terré "**La crise de la loi**". APD. 1980. s.17 vd.

(52) Bk. M. Saluden. "**La jurisprudence, phénomène sociologique**". APD. 1985 s.191 vd.

(53) Bu konuda bk. H. Wechsler. "**Toward neutral principles of constitutional law**". HARVARD Law Review. 1957 s.1 vd.; A. M. Bickel. The least dangerous branch: The Supreme Court. at the Bar of Politics. Bobbs-Merill. Indianapolis 1962.

(54) V. J. H. Ely. Democracy and Distrust. A theory of judicial review. Harvard U. P. Cambridge. 1982, s.54 vd.

(55) P. Rolland. "**Existe-t-il un Contrôle du Popportinité**". in. D. Rousseau. F. Sudre. Droits et Libertés en Europe. STH. Paris 1990 s.47 vd.

İnsan hakları Avrupa Konvansiyonunun, özel hayatın ve haberleşme gizliliğinin korunmasını düzenleyen 8. maddesine, Avrupa Mahkemesinin Kruslin ve Huvig kararları ile getirdiği yorum (56), Fransa'da, Paris İstinaf Mahkemesi ve Temyiz mahkemesi kararlarını etkilemiştir (57).

Paris İstinaf Mahkemesinin 18 Ekim 1990 tarihli kararı, "**Kanun Kavramı**"nı Konvansiyon ve Strasbourg jurisprüdansına göre yorumlamış ve "**Kanun**"dan anlaşılması gerekenin yazılı normlar yanında, jurisprüdansın tespit ettiği Hukukun Genel Prensipleri gibi, yazısız normlar olduğu sonucuna varmıştır. Avrupa Mahkemesi'nin "**özerk**" (autonomes) kavramlarından biri olan "**Kanun**" (58) anlayışı "**Yargıcın Normatif İktidarı**"nı kurmada etkili bir formüldür (59).

Kanun-Jurisprüdans-Hukuk arasında farklı kurulan münasebet (60), "**Avrupa Common Law**"unun taşıyıcı unsuru olmuştur. Kıt'a Avrupası'nda, Fransız etiketli "**Kanun**" tanımından Common Law'dan kaynaklanan, "**Kanun**"u genişletici anlayışa geçişin sonuçları, üzerinde yeterince düşünülmüş olmasa da, Anayasal sistemlerde normatif devreler şebekesinin farklı kurulmaya başladığını gösterirken, "**Devlet'in Hukuku**"ndan "**Hukuk Devleti**"ne ve "**Hukuk Devleti**"nden "**Devlet-Üstü Hukuk**"a geçişin maddi temelini hazırlanmaktadır.

---

(56) 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin kararı için bk. D. 1990, s.354, note J. Pradel. Huvig kararı da aynı gündür. Cf. J. F. Flauss. "Écoutes téléphoniques: le point de vue de Strasbourg". RFDA. 1991 s.89 vd.

(57) Cf. P. Kayser. "La conformité a la Convention des droits de l'homme et la Constitution de la France des Écoutes téléphoniques". D. 1991, s.17 vd.; P. Kayser, T. S. Renoux. "L'autorité judiciaire et la loi: a propos des écoutes téléphoniques". RFDC. 1991 s.331 vd.; J. Pradel. "Écoutes téléphoniques et Convention européenne des droits de l'homme". D. 1990, chr. 15.

(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'dir. Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme.. op.cit.

(59) Cf. R. Koering-Joulin. "De l'art de faire l'économie d'une loi. a propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites". D. 1990, Chr. 187.

(60) Bu konuda ayrıca bk. Fransız Anayasa Konseyi'nin 12 Ocak 1977 tarihli kararı ile Anayasa'nın 66. maddesine getirdiği yorum. Décision 76-75 D. C.; Cf. L. Favoreu. "Le Conseil Constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie privée". in Etudes offertes a Pierre Kayser, PUAM. 1979, t.1., s.411 vd.; Ayrıca bk. Th. Renoux. Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. Economica-Puam. 1984, s.17 vd.



## 2.2. "Anayasallık Bloku"na eklenen "Milli-üstü Anayasallık Bloku". Hukuk kıskacındaki "Politik Piyasa".

Bugün "Norm"un, Yönetici çoğunluğun tek iradesi ile üretildiği ve meşrulaştırıldığı bir siyasi sistemin yerini, normun, çok sayıda iradenin mücadelesi ile üretilen ve meşrulaştırılan ve bu iradelerden birinin insan haklarının üstünlüğünü ifade ettiği ve tanıdığı bir siyasi sistem almıştır.

Klasik anayasa teorisinde "Genel İrade"nin ifadesi sayılan yasa, birden çok "kısmi organ"ca yapılmakta ve bu organların ifade ettiği irade "Genel irade"yi meydana getirmektedir. Bu kısmi organlardan biri, çok kere bir siyasi blok meydana getiren, Parlamento ve Hükümet ikilisi ve bazı sistemlerde Devlet Başkanındır. Diğer kısmi organ ise Anayasa Mahkemelerine başvurma yetkisine sahip otoriteler ve Anayasa Mahkemesi'nin meydana getirdiği bütündür (61). Bugün bu sonuçlara, yenilerini de eklemek gerekecektir. Topluluk Hukuku ve Konvansiyon Hukuku uygulayıcılarını.

Son bir analizde Anayasa Mahkemeleri, Anayasal Normların yorumlayıcısı olarak "Anlam Arzı Piyasası" içinde yer alırlar. 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 (62), dava mahkemeleri ve fertlerdir. Bu piyasada anlam üreticiler arasında mücadele eşit bir mücadele değildir. Bunun içindir ki, "Hukukun yeniden yazımı" değişen siyasi-sosyal güçler dengesine göre farklılaşır (63).

Yargıçların yazdıkları "Anayasa", meşruiyetlerin temeli yeni bir demokrasi tanımı, "Anayasal Demokrasi" ve belki de yeni bir Cumhuriyet anlayışı, "Yargıçlar Cumhuriyeti" anlayışını getirmektedir (64).

---

(61) Cf. 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. M. Troper, "La théorie de l'interprétation et la probléme de la supralégalité constitutionnelle", in Mélanges Charles Eisenmann Cujas, Paris, 1974, s.133 vd.

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

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

(64) R. Badinter, "La République des jges". Le Monde, 8 Sept. 1989.

Düşünce ve kurumlar tarihinin gösterdiği gibi, her iktidar teknolojisi, her kurum, yeni iktidar münasebeti ile bağlantılı, yeni bir "Söylev" yaratır. Ve her kurum onu meşrulaştıran "Söylev"i ürettiği ölçüde meşrudur.

18. Yüzyılın sonlarında yeni iktidar mekanizmaları yeni kavramları da getirmiştir. Imperium yerine Sosyal Mukavele, Tanrısal Hukuk yerine Milli Egemenlik, zünrelerin imtiyazı yerine eşitlik gibi. Anayasa Mahkemeleri de, İktidarın yeni paylaşımına, Sivil Toplum'un artan rolüne uygun (65) yeni bir "Söylev" yaratmış, Demokrasiyi de farklı tanımlamıştır (66). Bu yeni "Söylev" de, bugün Milletlerarası Anayasa Hukuku terminolojisi etkili olmaktadır.

D. Rousseau'nun "**Droit du Contentieux Constitutionnel**" adlı monografisinde not ettiği gibi (67), Normun, Yönetici çoğunluğun tek iradesi ile üretildiği ve meşrulaştırıldığı bir sistemden, normun, çok sayıda iradenin mücadelesi ile üretildiği ve meşrulaştırıldığı ve bu iradelerden birinin, İnsan Haklarının üstünlüğünü ifade ettiği ve tanıdığı bir sisteme geçilmektedir. Bu değişmeyi tanımlamakla kullanılan formül Yeni-demokrasi, "**Anayasal demokrasi**"dir.

C. Emeri'nin not ettiği gibi, Demokrasinin referans normlarının yeniden yapılanmasında, "**Anayasallık Bloku**"na (Bloc de la constitutionnalité), "**Milli-üstü Anayasallık Bloku**" (Bloc de la Supranationalité) eklenmektedir. Bu yeni referans normları bütünü "**Siyasi Piyasa**"yı (le marché politique), "**Avrupa Hukuk Devleti**" kısıcama sokmuştur (68).

---

(65) Cf. L. Cohen Tanugi, Le droit sans l'Etat, Paris PUF., 1985; -ID., Les métamorphoses de la démocratie, Jacop, Paris 1989.

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

(67) Bk. D. Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel op. cit., s. 384 vd.; Ayrıca bk. L. Cohen Tanugi, Le droit sans l'Etat, Paris PUF., 1985; -ID., Les métamorphoses de la démocratie, Jacop, Paris 1989.

(68) Bk. C. Emeri, "L'Etat de droit dans les systèmes polyarctiques européens", RFDC, 1992, s. 27 vd.

## BAŞLIK ÜÇ

### "MİLLETLERARASI ANAYASA" PROBLEMATİĞİ KURULURKEN: PROSEDÜRAL MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKU VE MATERİEL MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKU

Fransa'da OAS'in başta gelen yöneticilerinden biri olan Colonel (albay) Argoud 1961 yılında gıyaben ölüme mahkum edilmişti. Almanya'ya sığınan Argoud, yasal prosedürlerin dışında çalışan Fransız "özel" servis ajanlarıca kaçırılmış ve Fransız topraklarında Devlet Güvenlik Mahkemesine sevk edilmişti. Savunmanın esası, başka bir ülkenin kaza yetkisine tabi bir kişinin tutuklanmasında hukuka aykırılık (voie de fait), milletlerarası hukukun ihlali üzerine kurulmuştu.

"Argoud Vak'ası"nda, Fransız Devlet Güvenlik Mahkemesi, milletlerarası hukuk ihlallerinin fertlerin savunma haklarını kullanmada bir gereke teşkil etmeyeceğine karar vermiş, Cour de Cassation'da bu kararı onaylamıştır (69). Cour de Cassation kararının redaksiyonu, genelliği içinde, ferdin hak ihlallerinde, yerel mahkeme önünde, bir milletlerarası hukuk kuralından yararlanamayacağı anlamını taşımaktadır (70).

Kudüs Mahkemesi'de, Eichmann Davası'nda benzer bir karar vermiştir. Bugün ferdi, milletlerarası anayasa hukukunun "nihai tüketicisi" yapan "Yargıçlar Hukuku", Albay Argoud ve Eichmann Vak'alarında kullanılan Hukuk mantığında neyin değiştiği sorusunu da, ister istemez, sordurmaktadır.

Bu sorunun cevabı, kurulmakta olan milletlerarası anayasa hukuku çerçevesinde, belki de, şu şekilde verilebilir. Bugün Milletlerarası hukuk şebekesi farklılaşmıştır ve Milletlerarası Hukuk Şebekesini meydana getiren yazılı kurallar arasında üçlü bir ayrum yapmak gerekmektedir: Antlaşma-Anayasa, Antlaşma-Yasa ve Antlaşma-Sözleşme ya da mukavele.

---

(69) Bk. R. Abraham, *Droit international, droit communautaire et droit français*, Hachette, Paris 1989, s.68 vd.; Cass. crim. 4 Juin 1964, JCP., 1964-II-13806.

(70) Cf. L. Dubouis, "L'Application du droit international coutumier par le juge français", SFDI (colloque), 1972, s.75 vd.

İç hukukta uygulanabilir hukuk kaynakları yeni anlayışını şekillendiren de, ilk mantığında, bu ayrımdır. "Antlaşma-Mukavele", iki ya da daha çok Devletin karşılıklı yükümlülükler altına girdiği, Milletlerarası hukukun klasik anlamdaki Antlaşmalarıdır.

"Antlaşma-Yasa"nın niteliği farklıdır. Bu tip antlaşmaların içerdiği normlar, benzerleri iç-yasalarda görülen ve taraf devletlerin kendi kaza alanlarında uygulamakla yükümlü olduğu normlardır. Ronny Abrahamın önerdiği bu iki kategori antlaşmaya bugün bir üçüncüsünü eklemek gerekecektir: "Antlaşma-Anayasa".

R. Abraham, bu sınıflamanın (71), hukuki bir sınıflama olmadığını söylese de (72), bu görüşe katılmak zordur. Gerçekten, Alman Federal Cumhuriyeti'nin, "Başlangıç"ı, 31 Ağustos 1992, tarihli "Birleşme Antlaşması" ile yeniden yazılan, 23 Mayıs 1949 tarihli Temel Yasası'nın (2) m. 100 ikinci paragrafına göre, görülmekte olan bir dava sırasında, bir milletlerarası hukuk kuralının, Federal Anayasa Hukukunun bütünleyici bir parçası olup olmadığı, 25. madde anlamında fertler için doğrudan hak ve yükümlülükler doğurup doğurmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, dava mahkemesi konuyu Federal Anayasa Mahkemesine götürmek zorundadır. Başka bir ifade ile, bir milletlerarası hukuk kuralının "self-executing" karakteri, Anayasa Mahkemesi önünde "ön-sorun" konusudur. Antlaşma-Mukavele, Antlaşma-Yasa arasındaki hukuki ayrımın kriteri de, kısaca budur.

Türk Anayasa yargılaması hukukunda bu problem pratik bir anlam taşır mı? Milletlerarası anayasa hukukuna açılma sürecinde anayasa yargılaması hukukun en önemli sorunlarından biri de budur. Ve Türk anayasal sisteminde, itiraz yolu çerçevesinde, ön-sorun ya da bekletici sorun mekanizması milletlerarası bir normun "Self-executing" karakteri konusunda da tahrik edilebilir. Millî yargı yerlerini, milletlerarası anayasa hukukunun uygulanmasına katmada, Topluluk sisteminde benzeri görülen bir "recours préjudiciel en interprétation"un önemli bir etkisi vardır.

---

(71) Cf. R. Abraham, Droit international, droit communautaire et droit français. Hachette, Paris, 1989, s. 27.

(72) H. Oberdorff, Les Constitutions de l'Europe des Douze, Doc. française, Paris 1992.

Türk Anayasa Mahkemesinin, milletlerarası bir Antlaşmaya atıf yapan Yasa düzenlemesini iptali, Sorunun Sadece bir "**Anayasal Bilim-Kurgu**" olmadığını göstermektedir.

Avrupa Birliğini kuran Maastricht Antlaşması (73), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Hukuku, "**Antlaşma-Mukavele**" ve "**Antlaşma-Yasa**" kategorileri dışında üçüncü bir kategoriye, "**Antlaşma-Anayasa**" kategorisini getirmektedir. "**Milletlerarası Anayasa**" ve "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**"ndan söz edilmesinin nedeni de budur.

### **1. Prosedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku ve Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku ayrımı.**

Kurulmakta olan "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**"nu Kavrama da, Şematik de olsa, ikili bir ayrımın gitmek gerekecektir. "**Prosedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku**" ve "**Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku**".

Milletlerarası Anayasa Hukuku, Hukuk'da "**bölmelenmeler**"in de sonudur. Fransa'da Conseil d'Etat'ın idari prosedürlere İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ve 13. maddelerini uygulanması (74), ister istemez, şu soruyu sordurmaktadır. "**Konvansiyonel İdare Hukuku**"mu yoksa, "**Anayasal İdare Hukuku mu?**" Bu sorunun cevabı ne olursa olsun, Avrupa Konvansiyonunun İdari Prosedürlere uygulanması, İDARE HUKUKU-DEVLET tarihi problematiğini değiştirmektedir. "**Ulus-Devlet**" sonrası Anayasa teorileri bu çerçevede şekillenmektedir.

"**Prosedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku**"nun (75) ilk problemi, Anayasalarda, "**Milletlerarası norm'u kabul yapıları**" olmuştur, özellikle de insan hakları Avrupa Konvansiyon Hukuku ve Topluluk Hukuku normlarını

---

(73) Bk. F. de La Serre, "CEE: L'enjeu du traité de Maastricht", in A. Grosset, dir. Les Pays de L'Europe occidentale, Doc. Française, Paris 1992, s.289 vd.

(74) Bu konuda özellikle bk. R. Abraham'ın, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin taraf devletler Anayasa Hukuku ve İdare Hukuku üzerinde etkisini inceleyen makalesi, R. Abraham, "**Les incidences de la CEDH sur le droit Constitutionnel et administratif des Etats parties**" RUDH., 1992, s. 409 vd.

(75) "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**" konusunda bk. B. Çağlar, "**Milletlerarası Anayasa Hukuku kurulurken Anayasa yazmak**" Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesi'nin Mayıs 1991 tarihinde düzenlediği "**Anayasa Forumu**"na sunulan tebliğ (çoğaltma).

kabul yapıları. F. Ermacora'nın not ettiği gibi, bir "**Hürriyet Mekanı**"nın kurulmasında, Anayasaların milletlerarası normları kabul yapılarını uyusur duruma getirme önemli bir sorundur (76). Bu problemin, demokratikleşme sürecine giren "**Öteki Avrupa**"da da kritik bir önemi vardır (77). Ancak "**kabul yapılan**" sadece Anayasalarla getirilmez. İçtihadî Anayasa Hukukları da "**Milletlerarası norm**"u kabul yapıları kurmuşlardır (78).

"**Probedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku**"nun ikinci problemi, İç Hukukta uygulanabilir Hukuk Kaynakları problemidir. Özellikle insan hakları Avrupa Sözleşmesinin uygulanmaya konması bu çerçevede gündeme gelmiştir (79). "**Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku**" ise, önce bir "**Toplum Modeli**" ve bu modele bağlı "**İKTİDARLAR**" anlayışını kuran normlar bütünüdür.

Strasbourg organlarına göre, bir anayasal normun varlığı, Konvansiyonun ihlal edildiğine karar verilmesini engelleyemez ise, ki öyle, Anayasayı, Strasbourg Mahkemesinin Konvansiyonu yorumladığı anlamda değiştirmek gerekecektir. Ve eğer, bir Anayasayı Konvansiyonla uyumlu hale getirmek için değiştirmek gerekiyor ise, "**Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku**" gerçektir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, 7.7.1989 tarihli Soering Kararında söylediği gibi, "**Konvansiyon'un Felsefesi**", Demokratik bir Toplum'un ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmektir (80). "**Demokratik Toplumun**" Felsefesi, değerleri, "**Milletlerarası Materiel Anayasa Hukuku**"nun konusudur.

---

(76) Cf. F. Ermacora, "The problem of the Incorporation of written International law into the legal order of European States as a problem of harmonisation", Oslo, CS CE Seminar 1991.

(77) Cf. D. Gornien, "The implementation of international Human rights Law in Eastern and Central Europe", Conseil de l'Europe, Strasbourg 1991.

(78) Bu konuda Bk. B. Çağlar, "**Kıt'a Avrupasında yeni kurumsallaşma denemeleri : Hukuk ve Demokrasi**",nın Anayasa yargısı, Ankara 1993, s.233 vd.

(79) Bu konuda özellikle bk. "La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme en Europe de l'Est et de l'ouest". RUDH, Vol. 4, No. 10-11, 1992

(80) Bk. "**Soering Vak'ası**", 7.7.1989 tarihli Karar. Série A, no. 161 ve RUDH., 1989, s.109.

## 2. "Milletlerarası materiel Anayasa Hukuku"nun kilit kavramı: "Demokratik Toplum". Deskriptif ifadeden Hukuk Kavramına.

"Demokratik Toplum", "Milletlerarası materiel Anayasa Hukuku"nun kilit kavramıdır (81). İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunu "Avrupa Kamu düzeninin Anayasal Cihazı" yapan da bu anlayıştır.

Konvansiyon Hukuku "Demokrasi"yi önce "Sivil Toplum"la düşünmüş, İktidarın kayıtlı kullanımı doktrinini, haklara getirilen kayıtlamalar sistemindeki maddi hiyerarşiyi bu çerçevede kurmuştur.

Konvansiyonun kayıtlamalar sistemi mantığında "özgürlüğü yok edenler", (Les Libertices)le ilgili 17. madde kritik bir öneme sahiptir. Konvansiyon Hukuku, "Demokratik Toplum" değerlerinin korunmasında, "Militan Demokrasi" anlayışını getirmiş, Komisyon da, 20 Temmuz 1957 tarihli "Alman Komünist Partisi Vak'ası"nda, Hollanda da ırkçı düşünceleri yayan bir Derneğin yasaklanması ile ilgili, 11 Ekim 1979 tarihli kararında bu formülü kullanmıştır (82). Buna rağmen bazı Devletler, belli ideolojilerin örgütlenmesine getirilen yasaklamalar konusunda, Konvansiyon onayma "Çekince" (réserves) getirmiştir.

Portekiz, Anayasanın 46. maddesine getirilen, faşist ideoloji taşıyıcısı organizasyonları yasaklayan 46. madde uygulanmasını saklı tutmak için çekince koymuştur. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu önüne gelen "Türkiye Birleşik Komünist Partisi Davası" sonucunda verilecek karar, Anayasal Demokrasi'nin "militanlığı"nın sınırlarını da çizecektir.

### 2.1. Hak ve hürriyetleri kayıtlama kriterlerinin "Bütünleştirici" yorumundan, "Farklılaştırıcı Yorum"una.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunda getirilen, hak ve hürriyetleri kayıtlama kriterlerinin bütünleştirici yorumu. "Zorunluluk" kaydını "Demok -

---

(81) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, Handyside, Sunday Times, Airey, Lingens, Klass ve Dudgeon kararları, birlikte okunursa bu kilit hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiği görülür.

(82) Bk. J. Velu, R. Ergeç, La Convention Européenne des droits de l'homme, op. cit., s.140 vd.; P. van Dijk, G.J.H. van Hoof., Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer, Boston, 1990 (2.ed), s.562 vd.

**ratik Toplum"** kavramının kurucu kelimeleri ile kavramsal benzerlik içinde görmüştür (83).

Oysa Konvansiyon, Velu ve Ergeç'in not ettiği gibi, bütünü ile Demokratik Toplum düşüncesi üzerinde kuruludur (84). Ve bugün, Strasbourg jürisprüdansını incelerken kullanılması gereken cihaz, kayıtlama kriterlerinin (85) **BÜTÜNLEŞTİRİCİ** değil ama **FARKLILAŞTIRICI** yorumudur. Devletlerin hak ve hürriyetlere müdahalede bağlı kalacakları ortak ölçüyü ifade eden bir cümlenin metne konma düşüncesi, kaynağında, "**American Law Institute**"un Evrensel beyanname projesi vardır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunda, önerilen cümledeki "**Devlet**" kelimesi yerine "**Toplum**" konmuştur. Formül bu biçimi ile, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, İnsan Hakları Amerikan Konvansiyonu (m.13, 15, 18). Sivil ve siyasi haklarla ilgili milletlerarası Pakt'da (m.6, 14, 21, 22) yer almıştır. Bu yeni formülasyonun espirisi, öncelikle, kompleks bir toplumun gereklerini dikkate almaktır. İnsan Hakları konusunda Demokrasi düşüncesi. Sivil Toplum temeli üzerine kurulmuştur. "**Toplum**" kelimesinin "**Devlet**" kelimesinin yerine konması Ph. Vegleris'in altını çizdiği gibi, **deskriptif bir ifadeyi Hukuk Kavramı** yapmıştır. Milletlerarası metin düzenlemelerinde "**Demokratik Toplum**"a referansın anlamı, Doktrinin bilinmeyişi değildir (86). Ancak, "**Demokratik Toplum**"a referansın anlamı, doktrinin bilinmeyişi değildir, yargısını, Türk Anayasa Hukuku doktrini için yumuşatmak gerekir.

---

(83) Bk. G. Cohen - Jonarhan. La Convention européenne des droits de l'homme. Economica. Paris 1989.

(84) Cf. J. Velu, R. Ergeç. La convention européenne des droits de l'homme. Bruylant. Bruxelles, 1990, s.151 vd. "**Demokratik Toplum**"la ilgili Avrupa Mahkemesi Kararları için bk. V. Berger, jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1991 (3.éd.)

(85) Bk. 26 Kasım 1991 tarihli "**Sunday Times C. Royaume-Uni**" (2) ve, Observer ve Guardian Birleşik Krallık'a karşı Vak'ası.

(86) Oscar M. Garibaldi. "**On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause in a Democratic Society**" Essays in Honor of Louis B. Sohn. T. Buergenthal Kelti. Strasbourg. Arlington 1984 S.23-68; O. Jacot-Guillarmod. Rapport sur les rapports entre démocratie et droit de l'Homme. Colloque de Thessalonique. 24-27 Septembre 1987 (Documents du Conseil de l'Europe; Alex Ch. Kass. "**Permissible Limitations on Rights**", in The International Bill of Rights: The covenant on Civil and Political Rights. I. Henkin, ed. Columbia Univ. Press, 1981, s.290 vd.



E. Teziç'e göre, Anayasa Mahkemesi kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde denetleme yapmak sureti ile, Kanun koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edebilir. Bu yol Yargıçlar Hükümeti'ne elverişli zemin yaratabilir. Oysa demokratik-liberal sistemde resmî ideolojiye yer yoktur. Yapılması gereken Demokrasiyi bir "Postulat" saymaktır (87). Oysa "**Demokratik Toplum**", Strasbourg jürisprüdansında, Resmî ideolojinin sonu demektir ve bir "**Hukuk Kavramı**" Anayasa Mahkemeleri için "**postulat**" sayılamaz. Eğer sayılırsa, "Hukukla Demokrasi"nin anlamı da anlamsızlaşır.

## 2.2. "Demokratik Toplum", "Plüralizm"ın Gerçekleştiği Toplum.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine göre "**Demokratik Toplum**", plüralizmin, hoşgörünün, düşünceye açıklığın, farklı olma hakkına saygının gerçekleştiği toplumdur. Kısaca "**plüralizm**" Demokratik toplumun kurucu unsurudur. "**Konvansiyonun bütününe hakim olan demokratik toplum kavramı**"nın merkezinde, siyasi tartışmaların kayıtsızlık ve açıklığı da vardır (88).

Mahkeme, demokrasinin çoğunluk düşüncesinin sürekli hakimiyeti alınma gelmediğini, hakim konuların kötüye kullanılmasını engellemek için azınlık haklarının adil korumadan yararlandırılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Plüralizm zorunluluğu. Avrupa Mahkemesini bazı hakları üstün korumadan yararlandırma düşüncesine götürmüştür. Bu haklardan biri İfade Hürriyeti'dir (89). Mahkemeye göre İfade Hürriyeti, demokratik toplumun ana temellerinden biri (90) ve insan varlığının gelişmesinin önşartıdır (91). Avrupa

---

(87) B.E. Teziç. Anayasa Hukuku, İstanbul 1986. s.195 vd. Anayasa Mahkemesi raporörlerinden M. Turhan'da ayı görüşü benimsenmiştir. Bk. M. Turhan "**Anayasamız ve Demokratik toplum düzeninin gerekleri**"nin Anayasa Yargısı. Ankara, 1991. s. 415.

(88) Bk. 25 Mart 1985 tarihli Barthold kararı, Série A, vol. 90 & 51. Ayrıca bk. Lingens Vak'ası ile ilgili 8 Temmuz 1986 Tarihli karar.

(89) Bu konuda bk. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 23 Nisan 1992 tarihli "**Castells. c. Espagne**" Vak'asında verdiği karar. Ayrıca bk.; 7.12.1976, Handyside c. Royaume-Uni; 26.4.1979, Sunday Times (I) c. Royaume-Uni; 9.10.1979, Airey c. Irlande; 6.11.1980, Guzzardi c. Italie; 8.7.1986, Lingens c. Autriche; 19.3.1991, Cardot c. France; 26.11.1991, Observer et Guardian c. Royaume-Uni; 27.2.1992, Maniufattura FL c. Italie; 25.3.1992, B. c. France.

(90) Cf. F. Sudre, "**Les libertés protégées par la cour européenne des droits de l'homme**", in D. Rousseau, F. Sudre, éd. Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droit de l'homme. Droits et libertés en Europe, STH, 1990, Paris 17 s.

(91) Bk. Série A, vol., 23 & 49. Ayrıca bk. Müller ve diğerleri davası 24. 1988, Série A, vol., 133. & 33 ve 34.

Mahkemesi, "**Handyside Vakası**"nda verdiği Aralık 1976 tarihli kararında, ifade hürriyetinin sadece genel kabul gören, etkisiz ya da zararsız sayılan haber ya da düşünceler için değil ama Devleti ya da toplumun belli bir kesitini sarsan ya da rahatsız eden haber ya da düşünceler için de geçerli olduğunu söylemiştir.

Strasbourg jürisprüdansında silahsız saldırısız toplanma hürriyetinin demokratik toplumun kurucu haklarından olduğunu tespit, edilmiş üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da korunmuştur. Bu hak, Komisyona göre de, bu ülkenin siyasi ve sosyal hayatının kurucu unsurudur (92). Konvansiyon'un "**Demokratik toplum**" anlayışı, teminat altına alınan haklara getirilen kayıtlama düzenini de belirlemiştir.

Konvansiyonla teminat altına alınan haklar arasında, kayıtlamalar sistemi düşünüldüğünde, saklı bir maddi hiyerarşinin var olduğu söylenebilir. Bu düşünce, Konvansiyon'da tanınan hakların üçlü ayırımını hazırlamıştır (93): Mutlak nitelik tanınan dokunulmaz haklar, idari ve kazai otoritelerin taktir yetkisine ayrıntılı düzenlemelerle kayıtlama getiren ve Strasbourg organlarının denetleme yetkisini genişleten kurallarla korunan haklar ("**makul süre**" kavramı gibi), hakkın özü korunmakla birlikte, taraf Devletlere kayıtlama yetkisi tanınan haklar. Bu hakların belirleyici niteliği, Konvansiyonda tanımlarının yanında, ikinci bir paragrafta, kayıtlama düzeninin getirilmiş olmasıdır. Ancak hak ve hürriyetlere getirilen kayıtlamalar hakkın "**özü**"ne dokunamaz.

Avrupa Komisyonu, de Backer Vak'asında, Avrupa Konvansiyonu yapıcıları, metodunun, her hak ve hürriyeti ayrı maddelerle düzenlemek ve ilgili maddelere istisna ve kayıtlamaları da koymak olduğunu tespit etmiştir (94). Bu metod ve metoda bağlı hukuk stili hak ve hürriyetlere getirilen kayıtlamaların dar yorumuna da imkan hazırlamıştır.

---

(92) Bk. 10 Ekim 1977 tarihli. "**Rassemblement jurassien et Unité jurassienne c. Suisse**", kararı.

(93) Cf. M.A. Essein. "**La Cour européenne des droits de l'homme**". RDP., 1986. s. 1779 vd.

(94) Bu konuda bk. Ph. Vegleris. "**Les nécessités publiques et la convention des droit de l'Homme**". Licéité en droit positif et références aux valeurs légales. X. Journées Jean Dabin. 1980, Bruxelles. 1982, s. 343 vd.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, Sivil Toplum'un özerkliğini tanıyan bir "**Hukuk Düşüncesi**" şekillendirmektedir. Sivil Toplumla Siyasal Toplum arasında kesif bir haklar şebekesi kuran Avrupa Mahkemeleri, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İktidarın ölçülü ya da kayıtlı kullanımı anlamına gelen oranlılık formülünü kullanarak, Devlet'ten, bu arada Parlamentodan, kaynaklanan bütün eylem ve işlemleri, zorunluluk, uygunluk ve ilimlilik çemberine sokup denetleyerek "**Anayasal Demokrasi**"nin de tanımını getirmişlerdir (95).

Türk Anayasa Mahkemesi'nde, "Avukatlık Vak'ası"nda, (1989/27 karar sayılı Karar) "**Amaç ve sınırlama orantısının korunması ile ilgili "Ölçülülük" temel ilkesinin alt-ilkeleri olan, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığına tesbite yönelik elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma bakımından zorunlu olup olmadığına arayan zorunlu-gereklilik, ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oran kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "Oranlılık" ilkeleriyle çatışan sınırlamalar...**" kriterini kullanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin, İktidarın Hukukla kayıtlı kullanımı teorisi içinde yer alan bu karar, "**Anayasal Demokrasi**" anlayışının da açık ifadesidir.

Bugün Avrupa Mahkemesi, anayasal uzlaşmazlıkların çözüldüğü bir forum (96), değişen kurumsal ve politik çerçevede, Konvansiyonu "**yaşanan bir belge**" olarak yeniden yorumlamak durumundadır (97). Eğer Konvansiyon, Avrupa Komisyonu'nun "**Chrysostomos et al, v. Turkey**" Vak'asında söylediği gibi (98) "**İnsan hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal cihazı**" ise...

- 
- (95) Cf. J.E.S. Fawcett. The application of the European Convention on Human Rights. Oxford. 1987 s. 260 vd.
- (96) İnsan Hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasal cihazı olan Avrupa Konvansiyonu'na getirilen çekincelerin de bu mantık çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.; Bk. N. Çavuşoğlu, "**Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na kişisel başvuru hakkını tanıma bildirimine koyduğu hususlar üzerine bir not**". HİMD., 1991, s.2-3, s.21 vd.
- (97) Bk. R. Ryssdal. "**The expanding role of the European Court of human Rights**". in A. Eide, J. Helgesen. eds. The future of human rights protection in Changing World. Norwegian U. P. Oslo, 1991, s.115 vd.
- (98) "**The Convention (is)... a constitutional instrument of European public order in the field of human rights...**". HR1J. 1991, s.121.

Son bir analizde, Konvansiyon Hukuku, kişi bütünlüğü, Hukukun üstünlüğü, çoğulculuğu ve hoşgörüyü "**Demokratik Toplum**"un göstergesi saymıştır (99). Bu anlamda Demokrasi, "**Sivil Toplum**" aüdiyeli bir kavrandır. Konvansiyon Hukuku, "**Demokrasi**"yi "**Siyasi Toplum**" kavramı olmaktan çıkartmış, "**Sivil Toplum**" kavramı yapmıştır.

---

(99) F. Sudre, La Convention Européenne des droits de l'homme., PUF, Paris, 1992 (2. éd), s. 85 vd.

## BAŞLIK DÖRT

### İNSAN HAKLARI İLE OKUNAN DEMOKRASİ: "ANAYASAL DEMOKRASİ"

İnsan Hakları sorunu, marksizm sonrası ilk ideolojik tartışmanın gündemindedir (100). Bu tartışmada konu, fert hürriyeti ve ona bağlı haklar, tartışmasız evrensel kavramlarıdır? Yoksa belli bir mekanla sınırlı kavramlarıdır konusudur.

Kültürel farklılaşmaları esas alan "**Farklılaştırıcılar**" (Les différentia listes) için, ferdiyetçilik üzerine kurulu Batı kültürü, kültürlerden sadece biridir, ve savunduğu değerler ve insan hakları anlayışı başka kültürlerle aktarılmaz. "**Benzeştiriciler**" için ise, insan hakları, kültürel farklılıkların karşısında silinmesi gereken, evrensel değerlerdir (101). "**Evrensel**" (Universel) ve "**Farklı**" arasındaki bu ayırım, Demokrasi anlayışlarını da şekillendirir.

Marksizmin sonu ve "**Kutsal**"ın geri dönüşü ya da "**Tanrı'nın rövanşı**" Bu çerçevede düşünülmesi gereken sorunlardır.

#### 1. İdeolojik boşluk ve 5 Eylül 1991 tarihli "İnsan Hak ve Hürriyetleri Deklarasyonu".

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği'nde, Moskova barikatlarında kırılan Ağustos 1991 Darbesi, Komünizmin de sonu olmuş ve ideolojik boşluk, bir aydan kısa bir süre içinde, Halk temsilcileri Kongresinin, 5 Eylülde oyladığı "**insan hakları liberal anlayışı**"na göre yazılan "**İnsan hak ve Hürriyetleri Deklarasyonu**" ile doldurulmuştur (102).

Komünizm-Sonrası düşünce ikliminde, İnsan hakları genel teorisi de farklı kavranmaya başlanmıştır.

---

(100) Bk. C. Lefort, L'invention démocratique. Fayard, Paris 1981. Ayrıca bk. J. Rawls, Théorie de la Justice, Le Seuil, Paris, 1987.

(101) Cf. J.-C. Guillebaud, "Droits de l'homme, L'état des lieux". in, Nouvel obs. Dos., La Pensée aujourd'hui, 1990, s.70 vd.

(102) Bk. G. Lebréton, "Un legs de l'URSS à la CEI: la Déclaration soviétique des droits de l'homme du 5 septembre 1991". RDP., 1992, s.281 vd. Ancak, "**Demokratik Rusya**" Hareketinin kurucularından İ. Afanassiev'in "**Alinyazılı Rusyam**"da yazdığı gibi, Tarihin ağırlığı "**Asya**"cı yolun hala açık olduğu"nu göstermektedir. Bk. İ. Afanassiev, Ma Russie fatale, Callmann-Léury, Paris 1992.

Hak ve hürriyetler üzerinde çalışanlar, artık, uzlaşmaz ideolojiler çatışmasının zihinsel zorlaması altında değildiler. 1789 Burjuva İhtilalinin mirası liberal anlayış karşısında, 1917 Proletarya İhtilalinin getirdiği komünist anlayış, düşünce mekanını terk etmiştir. "Formel", "Reel" haklar ayrımı silinirken, 1936'lara kadar nazizmin teorisyeni olan Carl Schmitt'in dost/düşman münasebetleri düşüncesini radikalleştiren ve "Gaulag Takunadaları"nın meşrulaştıran anlayış da mahkum edilmiştir.

1991 Deklarasyonu Başlangıcı "**Hiçbir grup, Parti ya da Devlet yararı, insan yararına üstün sayılamaz**" ve "İnsan hak ve hürriyetleri toplumun temel değerleridir" derken, ferde yitirilen onurunu iade etmiştir.

"Sosyalist Hukuk Devleti"nden "Hukuk Devleti"ne geçiş de, önemli değişimlerden biri, "Anayasal Denetim Komitesi"nin 1988 yılında kurulmasıdır. 1989 değişikliği ile Komite, hakları ihlal eden kanunları iptal etme yetkisine de sahip olmuştur (103). İkinci önemli değişim, yargıçları Parti vesaleti altına sokan, "Telefonla Hukuk" (droit téléphonique) (104) uygulamasına son veren Yargı bağımsızlığını takviye edici kuralların getirilmesidir.

Ferdietçi toplumlarda "Anti-Léviathan" olarak da adlandırılan, Hukuk ve ferdim hak ve hürriyetleri ile sınırlı "Hukuk Devleti" (105), Komünizm-sonrasında, önce bir ideoloji sonra bir kurumsal yapı olmuştur.

Marksizm-sonrası toplumlarda Anayasalardan önce insan hakları deklarasyonlarının yazılması bu sürecin tipik örneğidir.

1991 Deklarasyonu, ilk maddesinde, İnsan hakları ile ilgili milletlerarası sözleşmelere ve diğer milletlerarası normlara yasa-üstü değer tanımıştır.

Deklarasyonun bu formülü için uygun iklimi hazırlayan, Anayasal Denetim Komitesi'nin 21 Haziran 1990 tarihli ilk kararıdır. Denetim Komitesi bu kararı ile, Antlaşmalarca yasalar karşısında üstünlüğünü kurmuştur (106).

---

(103) "Anayasal Denetim Komitesi" jürisprüdanı için bk. RFDC, de P. Gélard'ın kroukleri.

(104) Cf. M. Lesage, "L'URSS; de la legalité socialiste a l'Etat de droit", RDP., 1989, s.275.

(105) Bk. M. Miallic, "Le retour a l'Etat de droit", in L'Etat de droit, PUF, Paris 1987, s.218 vd.

(106) Bk. P. Gélard, Chron., RFDC, 1990, s.532 vd.; s.754 vd.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinden Bağımsız Devletler Topluluğu'na geçişi hazırlayan, 8 Aralık 1991 tarihli Minsk Antlaşması 2 maddesinde, taraflar, fertler, insan hakları milletlerarası Hukuk normlarına uygun olarak Sivil, Siyasi, Sosyal, ekonomik ve kültürel hak ve hürriyetleri tanıma ve koruma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

## 2. "Kutsal"ın geri dönüşü ya da "Tanrı'nın Rövanşı".

"Kutsal"ın geri döndüğü ya da Gilles Kepel'in yeni kitabının başlığı ile söylendiğinde "Tanrı'nın Rövanşı"nın (107) yaşandığı bu günlerde İnsan Haklarının evrenselliği problemini farklı düşünmek gerekir.

Devlet Marksizminin çöktüğü topraklarda, etine dolgun rus kadın "Babuška"lardan, Rus Ortodoks Klisesi'nin simgesi "Batiuşka"lara geçilirken, tuvalet kağıdı bulunmadığı için 60 kopek'e satılan, Lenin'in tüm eserlerinin yerini, İncil, Tevrat ve Kuran almaktadır.

1968 Kuşağı'nın, Soljenitsyne, Sakharov ve Havel'i okuduktan sonra, düşünsel kimlik değiştiren "Yeni Filozoflar"ı, bu arada André Glucksmann (108), dinsel'in politik alanı örtmeye başlamasını yeni bir "kapanma" politikası ya da farklı bir "DUVAR" mimarisi olarak nitelendirirken, bu gelişmeleri konjonktürel olaylar olmanın çok ötesinde, "Kutsal"ın ideolojik anaçlarla kullanılmasında yapısal nedenleri de sorgulamaktadır. Bugün, New York'dan başlayıp, Prag, İstanbul, Kuzey Afrika'dan geçen, Kudüs ve ötesine uzanan yeni bir "Enternasyonel"mi kurulmaktadır?

Virjina'da "Liberty University"nin kurucusu Jerry Falwell'in "tedris rahlesi"nden geçen 18.000 öğrenci, maymunla insan arasındaki benzerlik, küçük bir kaşıkla tencere arasındaki benzerliktir derken, Yirminci Yüzyılın ilk çeyreğinde, genç bir biyoloji hocası, John Scopes'in insanın yaratılışında İncil'in anlayışını reddeden teorilerin, bu arada Darwin Teorisinin, okullarda öğretilmesini yasaklayan Yasa gereğince sanıkların mahkum edildiği "MAYMUN DAVASI"nu da canlandırmaktadır. "People for the American Way" adlı örgüt de, eğitimde, dinsel nedenlerle kitap yasaklanmasında "başarılı" olmuştur.

---

(107) G. Kepel, La revanche de Dieu, Seuil, Paris, 1990.

(108) A. Glucksmann, Le XI e. Commandement, Flammarion, Paris 1991.

Kahirede 1990 yılının Ağustos ayında toplanan ve İslam Devlet Başkanları Zirvesi hazırlıkları çerçevesinde 45 ülkenin dışişleri bakanlarının kabul ettikleri **"İSLAMDA İNSAN HAKLARI DEKLARASYONU"**, Hukukçular Milletlerarası Komisyonu'nda (Commission Internationale de Juristes) ciddi eleştirilere konu olmuştur.

Komasyon Genel Sekreteri, A. Dieng (Senegal), 11 Şubat (1992) günü, Komasyon önünde, **"İslamda İnsan hakları Deklarasyonu"**nun, **"insan hakları ile ilgili milletlerarası hukuk kurallarının üzerine kurulu olduğu"**, **"Kültürlerarası temel uzlaşma ya da Consensus"ü "açıkça tehdit ettiğini"** ifade etmiştir (109).

Komasyon hukukçuları da, **"İslam Deklarasyonu"**nun, 1948 İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu ve Birleşmiş Milletlerin onayladığı sivil ve siyasi haklarla ilgili metinlere aykırılığını tespit etmişlerdir. Bu değerlendirmeler çerçevesinde, **"İslam Deklarasyonu"** yeni bir **"Kapanma"** ya da **"DÜVAR POLİTİKASI"**nın tipik belgesi olarak görülmüştür.

**"Batiuşka"**lardan **"Liberty Universty"**ye, **"People for the American Way"**den **"İslamda İnsan Hakları Deklarasyonu"**na uzanan çizgide kurulmakta olan **"Yeni Enternasyonel"** gerçeği, ister istemez insan hakları problemine farklı bir yaklaşımı gerektirmektedir (110). F. Fukuyama ve benzerlerinin üne kavuşturduğu **"Tarihin Sonu"** tezinin Sonunu ilan eden gelişmelerden biri de, **"Tanrı'nın Rövanşı"**dır.

Haziran 1993 de Viyana'da toplanacak **"İnsan Hakları İkinci Dünya Konferansı"** hazırlık çalışmaları çerçevesinde, Tunus (Afrika Ülkeleri) ve San José (Latin Amerika) bölgesel toplantılarından sonra, Asya'nın kırkdokuz hükümet temsilcisi ve yüzon Hükümet-dışı kuruluşunu (NGO) bir araya getiren, Bangkok Karşılılaşması sonrasında yayınlanan **"Bangkok Deklarasyonu"**, Hak ve hürriyetler hukukunda **"farklı"** değer ya da prensiplerin varlığı üzerinde durmuştur (111).

---

(109) Bk. Le Monde, 13 Février 1992.

(110) Bk. Libération, 19 Şubat 1992.

(111) Le Monde, 4-5 Avril 1993.



Bu tespitler, Dominique Colas'dan ödünç alınan bir formülle "Evrensellik düşüncesi"nin (l'dée d'universalité) her zaman "Evrenselliği" olmadığını göstermektedir (112).

Son bir analizde, eğer evrensellik düşüncesinin her zaman evrenselliği yoksa, "Anayasal Demokrasi"yi de mekanlara göre farklı mı düşünmek gerekecektir? Bu sorun tebliğde cevabı şimdilik açık bırakılan bir sorudur.

---

(112) Bk. D. Colas, in Les valeurs de la Révolution devant la science actuelle, Presses Universitaires de Nancy, 1990, s.73.

## BİTİRİKEN

### Doyumsuzlar Kültürü: Hukukla Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi.

70'li yıllar sonunda, J. Carter'ın Başkanlık döneminde "Üçyanlı Komisyon" (Commission trilatérale), "Demokrasilerin Yönetilebilirliği" başlıklı ilk raporunu yayınlamıştır. Rapor tezlerinde, özellikle S. Huntington'un "Değişen toplumlarda Siyasal Düzen" adlı çalışmasının etkileri görülür.

Raporun formülü, demokrasiyi koruma adına katılmayı kayıtlama, kitleleri politikadan arındırmadır (dépolitisation)

"El Pais"ın yöneticisi, J. Estafania, bu tezin onbeş yıl sonra gerçekleştiğini yazmıştır (113). Bu durumun sonuçlarından biri, Liberal sistemlerde büyük partiler demokratik monopolüdür.

Amerikalı Ekonomist, John K. Galbraith, son kitaplarından biri, "Doyumluların Cumhuriyeti"nde (114), Demokratik liberal demokrasilerde yeni bir "Doyumlular Kültürü"nü geliştirdiğini ve sandığa gidenlerin de bu kültür mensubu olduklarını, "doyumsuzlar"ın ise katılmacı olmadıklarını ileri sürmüştür.

Galbraith, bu değişimin iktidarın politik tercihlerini de yönlendirdiğini, İktidarların kitlelerin gerçek ihtiyaçlarını dikkate almak yerine, seçmen çoğunluğunu meydana getiren "Doyumlular"ın taleplerine öncelik tanıdıklarını yazmıştır.

Bugün "Anayasal Demokrasi", "Siyasi Demokrasi" eksiğini Hukukla giderme yollarından biridir.

Öyle görülmektedir, politikadan arındırılmak istenen "Doyumsuzlar"ın yeni kültür mekanı Hukuk Mekanıdır. Bu anlamda Hukukla Politikaya katılma Demokrasinin yeni adı, "Anayasal Demokrasi"dir.

Liberal demokratik anayasa teorisinin, kuvvetler ayrılığı formülünüden Anayasasının üstünlüğü ve anayasa yargısına kadar uzanan basit bir reçetesi vardır: "GREMLİN"leri, sudan, parlak ışıklardan uzak tutmak ve gece yarısından sonra da beslememek gerekir.

---

(113) J. Estafania, "Contre le monopole des partis", Le Monde, 28 Monde, 28.1.1993.

(114) J.K. Galbraith, La République des satisfaits. La culture du contentement aux États-Unis. Paris. Seuil, 1992.

Locke, bu gerçeği anladığı için Locke, Montesquieu bu gerçeği anladığı için Montesquieu, liberal demokrasiler de bu gerçek üzerine kurulu oldukları için liberal demokrasi olmuşlardır. Bu gerçeği anlamayanlardan biri Hukuk İktidarını tanımayan "Totaliter Demokrasi"nin kurucu babalarından "**pastoral**" Rousseau'dur. Ve Demokrasi, Rousseaucu olmadığı ölçüde Demokrasidir.

**Epilog. "Don't play it Sam again".**

Hukukun evrenselleşmesi, Milletlerarası anayasa normlarının kurulması iç kurumsal dengeleri de etkileyip değiştirmiştir (115). Bu değişimin üç boyutu üzerinde durulabilir:

- **Parlamentoların yetki kaybı.** Parlamentoların yasama yetkisi iki açıdan kayıtlanmıştır. Önce Parlamentoların, hazırlanmasına katılmadığı normlar uygulamaya girmekte, sonra Parlamentolar, bu normları serbestçe değiştirme yetkisini kullanamamaktadır. Milletlerarası Materiel Anayasa Hukukunun Parlamentolar katında gündeme getirdiği ilk sorun budur.

- **Topluluk Hukuk Sistemi düşünülür ise,** Hükümetler, belki, parlamenter denetim alanı dışında karar alma yetkisini kullanmaktadırlar ama, bu politik denetimin dışında, başka bir denetimin kıskacına girmişlerdir: Yargısal denetim. Ve bu ikinci denetim türü, ilkinden çok daha etkilidir.

- **Bu değişmelerin sonunda "Yargı" bir "Otorite" olmak yerine "İktidarlaşmakta"** ve Yürütmeye bir Karşı-ağırlık olarak parlamenter fonksiyonun yerini almaktadır.

Yargının iktidarlaşmasında, Milletlerarası Anayasa Hukuku'nun olanaklarını kullanması da önemlidir. Başka bir ifade ile "**Yargıçlar Enternasyone-li**", anayasal kurumlar dengesini yeniden yorumlamaktadır.

"**Anayasal Demokrasi**"nin kurumlar dengesi "**Sandıksal Demokrasi**"nin kurumlar dengesinden farklıdır.

Farklı yazılan hak ve hürriyetler şartı, ya da "**Yargıçlar Hukuku**", değişen kurumlar dengesine eklenir ise, bu çalışmamın "**Başlangıç**"ında yazılan, anayasacının derisine yapışan sorun da gündeme gelir.

Humphry Bogard "**Casablanca**" filminde zenci piyanist Sam'a "**Play it Sam again**" der (Onu bir daha çal), oysa Senaryonun orijinali farklıdır. "**Don't play it Sam again**" (onu bir daha çalma).

---

(115) Bk. R. Abrahami, Droit international..., op. cit., s.217 vd.

Nostaljik anayasacılar belki tepki göstereceklerdir ama, Sam'ın artık aynı parçayı çalması mümkün değildir. Değişen zamanda, değişen mekanda çalınan farklıdır. Değişen Anayasa, değişen Hukuk, değişen demokrasi, Sam'ın müziğini sadece bir anı yapmıştır.