

## AVRUPA YENİ MEKANINDA KURUMSALLAŞMA; HUKUK VE DEMOKRASİ

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR\*

### BAŞLARKEN

“Avrupa yeni mekanı'nda kurumsallaşma; Hukuk ve Demokrasi” başlıklı bu çalışmanın konusu, “**Ulus-Devlet**” anayasal teorisinin “**Hegelci Profili**”nde ve “**Milli egemenlik**” anlayışında (1) görülen değişmelerdir.

Bugün toplum, sadece milli değil ama milletlerarasıdır. Ve eskilerin dediği gibi, her toplum kendi hukukunu salgılar: “**Ubi societas ibi jus**”. “**Hukuk**”da, banşlandırma cihazlarını birlikte getirir. Klasik teoride kutsallaştırılan mitos, “**Anayasa**”, farklı bir anlam kazanmıştır.

Bugün, klasik düşüncede, halk egemenliğinin ifadesi, Parlamento'nun yasama yetkisi, İktidara tırmanan yeni kurumlarca kayıtlanmakta, Devlet'de yeni yapısal değişmeler sonucunda, kararlar tek merkezden üretilmek yerine, milli-üstü merkezlere ve bugüne kadar Devlete bağlı düşünülen yerel merkezlere kaymaktadır.

Devletler, belki, tarihin şekillendirdiği uluslar içinde, sosyal sınıflar arasında “**uzlaşma dengesi**”ni koruyucu, siyasi düzenleme fonksiyonlarını korumaktadırlar ama (2), “Ulus-Devlet”in krizi anayasa teorisini farklı bir mekan'da yeniden düşünmeyi gerektirmektedir. Bu çalışmada yapılmak istenen de, yeniden düşünmenin ilk unsurlarını getirmektedir.

(\*) I.Ü.H.F. öğretim Üyesi.

(1) P. Bouretz “Souveraineti”. in.. O. r>uhan>e], Y. Meny. (dds.) Dictionnaire Constitutionnel. PUF.. Paris 1992. s. 989 vd.

(2) Bk. A. Bİhr., “Malaise dans l'Etat-nation”, Le Monde diplomatique. Fevriier. 1992-

## BÖLÜM BİR

### İKTİDAR PARÇALANMASI VE ULUS-DEVLET'İN İKİLİ KRİZİ

#### ANAYASA TEORİSİNDE “HEGELCİ PROFİL”İN YA DA ULUS-DEVLET MEKANLI ANAYASA HUKUKUNUN SONU

Klasik anayasa teorisi, “**Ulus-Devlet**” mekanında kurulmuştur. Teoride “**Hegelci profil**”! şekillendiren de bu mekandır. Bugün mekan değişirken, Anayasa teorisi de yeniden düşünülmektedir. Düzenleyici cihazları, siyasi-hukuki çerçeveleri ile, millî ekonomi üstünlüğünün belirlediği tarihi bir safhadan bir başka safhaya, Avrupa mekanı gibi, farklı ekonomik mekanların kurulduğu tarihi bir safhaya geçilmektedir. Bu yeni mekanın, siyasi-hukuki çerçeveleri, düzenleyici cihazları da farklıdır.

#### 1. Ulus-Devlet'in krizi ve “Hegelci Profü”in Sonu.

**Ulus-Devlet'in** mantığı, Ülke'den, kavramın ekonomik anlamında bir **Pazar** yapmak ve bu çerçevede sosyal-siyasi bütünlüğü sağlayıcı siyasi ve hukuki çerçeveyi ya da yapıyı kurmaktır. Klasik anayasa teorisi de **bu** mantık üzerine kurulmuştur. Bugün Ulus-Devlet ve “**mili-egemenlik**” (3) krizi, anayasa hukukçularının Devlet teorisinde, “**Hegelci profir'in** de (4) sonudur. Ekonomik bütünleşme, ya da milletler-arası bütünleşme (5) hareketleri, **Ulus-Devlet'in** krizi ve yeni Anayasa Hukukunun “**Zorlu Problemi**”dir.

(3) Egemenlik krizi konusunda bk. B. Cubertafond. “Souvferainetds en Crises?”- RDP-, 1989 S. 1273 vd-; G. Hermet. Le Peuple contre la Ddmocratic, Fayand, Paris. 1989-

(4) Devlet teorisinde Hegelci profil için bk. M. Miallle. L'Etat de doit. Maspero. PU- de Grenoble. 1978. s. 161 vd.

(5) Bu konuda özellikle bk. L'intdgration 6conomique. dir. F. Laursen. RİSA. 1991- s. 589 vd.

“Avrupa Ekonomik Mekanı” (Espace economique europeen, EEE). Luxembourg Mahkemesi'nin bu mekanda bağımsız bir yargı yerinin kurulmasını reddeden 14 Aralık 1991 tarihli kararından sonra 14 Şubat 1992 uzlaşması ile. Topluluğun 12'leri ve “Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA)” (Association europ6enne de libre 6change. AELE) 7leri arasında kurulmuştur- Bu gelişme- 10.000 sayfalık topluluk yasasını kabul etmek zorunda kalan AELE üyeleri için Parlamenter kendine yeterli ve egemen fiğinde sonu demektir- Bk. Le Monde. 11 Fdvrier 1992.

“EFTA Devletleri ile Türkiye arasında Anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğuna dair kanun; 24.3.1992 de kabul edilmiş ve Türkiye, arka kapıdan olsa da Avrupa Ekonomik Makamı'na girmiştir.

**K. Marxın** 1859'larda. "**Ekonomik Politika nın Eleştirisine Katkı**" da yazdığı gibi, Ekonomik hayat, sosyal hayatın gerçek ve çatışmacı temeli ise ve "**Devlet**" bu temel üzerinde, ekonomik hayatın çatışma ve uzlaşmazlıklarını kayıtlayıp birlikte yaşatıcı siyasi ve hukuki bir mimari kurmuş ise, ekonomik ya da milletlerarası bütünleşme bu mimariyi de değiştirmiştir (6).

**Ulus-Devlet mekanlı Anayasa Hukuku** anlayışından, milletlerarası ya da **milliüstü Anayasa hukuku**'na geçiş arayışının ilk varlık nedeni **budur**. İkincisi, "**Mutlak Demokrasi**" anlayışından "**Anayasal Demokrasi**" anlayışına geçiş ve "Anayasa"nm çek daha az milli ve çok daha fazla "Avrupah" olmasıdır. Bu gelişmeyi tescil eden insan hakları yeni Hukuku "dur (7). "Demokrasi açığı" nı denkleştirici unsuru, milli ve milli üstü anayasa yargıcıdır.

İçdüzen ile milletlerarası düzen arasında su sızdırmaz aynının tartışma konusu olması ya da Ulus-Devlet Anayasa teorisinin iki mekan teorisinin -milli-mekan-milletlerarası mekan- sonunu hazırlayan ikili bir krizin sonucudur: Neoliberal politikaların da etkisiyle (8) "Devletler Sistemleri"nin teşekkülü ve "Piyasa"nm evrenselleşmesi ve yerel iktidar merkezlerinin ya da bölgeselliklerin güçlenmesi. Bugün, klasik düşüncede halk egemenliğinin ifadesi Parlatentonun yasama yetkisi, İktidara tırmanan yeni kurumlarca kayıtlanmakta, Devletde yeni yapısal değişimler sonucunda kararlar tek bir merkezden üretilmek yerine milliüstü merkezlere (9) ve bugüne kadar Devlete bağlı düşünülen yerel merkezlere kaymaktadır (10).

- 
- (6) Cf. Miaille. L'Etat de droit. op. cit. s. 168- Ekonomik bütünleşmenin yeni hukuki mimarisi için bk. R. Ergeç. "Les valeurs communes européennes et les droits de l'homme". Revue des droits de l'homme. Human Right Review. 1992. s. 5 vd.
- (7) Bu konuda bk. Y. Madiot. Droits del'homme. Masson. Paris 1991. s. 216 vd.; C. Leclercq., Libertés publiques. Litec. Paris 1991. s. 131 vd.
- (8) öylesine ki, 25 Şubat 1992 tarihinde, ticaret ve gelişme konusunda düzenlenen Birleşmiş Milletler Konferansında. Birleşmiş Milletlerin üçüncü dünyacı eğilimlerini başlatmak için MEA CLUPA'sına tanık olunmuş- "Şimdiye kadar piyasa ekonomisinden daha iyisi keşfedilmedi" düşüncesi Konferansa hakim olmuştur.
- (9) Bu konuda bk. D. Ouinty., G. Jolly., "Le rôle des parlements européen et nationau" dans la fonction législative". RDP. 1991. s. 393 vd; H. Groud. "Les ddldgations parlementaires pour les communités européennes. Adaptation des assembles au processus de construction européenne?" RDP- 1309 vd.; St. Pierre-Caps. "L'adaptation du Parlement français au système communautaire". RFDC. 1991. s. 233 vd.
- (10) Bu konuda karşılaştırmalı bir analiz için bk. D.B. Walker. "La ddcentralisation: tendances et prövisions dans une perspective qouvementale comparative". RİSA., 1991.s. 129 vd.

Bu gelişmeler Devletin bütünleştirici fonksiyonunda eksilmelere yol açtığı ölçüde, etnik, dinsel, bölgesel tabanlı yeni ikame kimlik arayışlarını hazırlamakta, yeni-milliyetçi akımları güçlendirmekte, sosyal, kültürel, etnik dışındalama hareketlerini de tahrik etmektedir (11).

Bu bölünme ve uzlaşmazlıkların barışçı çözümü için, milletler-arası mekanda, yeni bir cihazlanmaya gitme arayışı da şekillenmeye başlamıştır.

Avrupa yeni mekânın istikrarsızlaştırıcı faktörlerin giderilmesi için düşünülen düzenleyiciler arasında, “**Avrupa Hakem Mahkemesi**”, “**Azınlıklar Ombudsman**”ını Pan-Avrupa’da “**Çatışma önleme Merkezi**” gibi, projeler de vardır.

Yeni Avrupa mekânı’nda kurumsallaşma, sosyal dokuya nüfuz ederken, “İrlanda’lı Kız Vak’ası”nda görüldüğü gibi değerler sistemini de etkileyip değiştirmekte, ancak bu süreç red olaylarını da güçlendirmektedir. Yeni “**Duvar**” politikasından anlaşılması gereken kısaca budur.

#### 1.1. “**İrlandalı Kız**”ın dramı. Katolik İrlanda Anayasasında dinsel yasaklar ve “**Maastricht Avrupası**”.

“**İrlandalı Kız Vak’ası**”, 17 Şubat 1992’de tecavüze uğrayan bir genç kızın gebeliğinin kesintiye uğratılmasını yasaklayan Dublin Mahkemesi kararı ile başlamıştır (12).

---

Türk Anayasa Mahkemesi de bu gelişmeyi 1989 /7 karar sayılı Karan ile tescil etmiştir: “Yerel yönetimler, kamu kurum ve kuruluşu” ibaresinin genelliği içinde düşünülemez. Bu tür bir değerlendirme. AYM- sinin önceki birçok kararında kabul ettiği yerel yönetimlerin demokratik varlığı ve özerk yapılarıyla bağdaşmaz. Doktrinde de, yerel yönetimler, idarenin bütünlüğü içinde özerk yapısı ve özellikleriyle ayrı bir alan olarak görülmektedir.”

- (11) Strasbourg’da İnsan hakları Demeği’nin (La iigue des doits de l’homme. LDT) 8-9 Şubat 1992 tarihinde gerçekleştirdiği 72. Milli Kongresi. “Avrupa’da Vatandaş olmak” temasına ayrılmıştır. LDH. Scbengen Sözleşmesi’nde açık ifadesini bulan “Kuşatma altındaki kale mantığıTnın güçlenmesini ve Elitler Avnıpası”ını mahkum ederken, siyasi-dini entegrist hareketlerin gelişmesinden duyduğu endişeyi de açıklamıştır.(.)
- ( ) Ayrıca not etmek gerekir ki, 1991’in son günlerinde toplanan “Avrupa Psikoposları Din İşleri Kurulu”. Ortadoksların mahkum ettiği, kilisenin “yeni enternasyonal” rolünü tescil etmiştir. Bugün “Elitler Avrupası” yanında bir de “Psikoposlar Avnıpası” vardır.
- (12) Karar ertesinde, Avrupa Parlementosunun Alman sosyalistleri, Avrupa Topluluğuna katılma şartlarının yeniden tanımlanması ve Klüp kafalarının sadece “Aydınlıklar çağ m m tecrübesini edinmişler’e açılmasını istemiş. “Köktenciler” i de mahkum etmişlerdir. Bk. Le Monde. 27 Şubat 1992.

Katolik İrlanda Anayasasının (13), gebeliğin iradi kesintiye uğratılması (GİKU) yasağı getiren 40.33. maddesi (14) Maastricht Antlaşmasına bir protokolle eklenmiştir. İrlanda Yüksek Mahkemesinin “İrlandc'ah Kız Vak'a"smda, 26 Şubat 1992 tarihinde verdiği tarihi karar bu protokolün değiştirilmesi isteğini gündeme getirmiştir. Dinsel yasaklamalara imkan tanıyan bir düzenlemenin Maastricht Antlaşması konusunda yapılacak referandumda oylan böleceği düşünülmüştür.

Topluluk Mahkemesi, gebeliğin iradi kentiye uğratılması yasağını, adını koymadan, Topluluk Kurucu Sözleşmesine aykırı bulurken, bu hukuki problem insan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de Önüne gelmiş, İrlanda bu dava sırasında Anayasasının 40.33. maddesinin farklı yorumlanabileceğini kabul etmiştir. İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin beş yargıcından üçü, İrlanda Anayasası'nın konu ile ilgili düzenlemesinin Topluluk Hukukuna uygunluğu konusunda ciddi şüphelerini 26 Şubat tarihli karar sırasında açıklamış (15), Mahkeme, annenin hayatını koruma adına GİKU'ya imkan tanımıştır.

“İrlandalı Kız” Vak'ası, Avrupa yeni mekan değerler sisteminin sosyal dokuya nüfuzunun tipik örneklerinden sadece biridir.

## 1.2. Avrupa yeni Mekanı'nda “Duvar” Politikaları.

Devlet'in bütünleştirici fonksiyonunda eksilmeler görülen mekanlarda yeni “**Duvar Politikası**”, hak ve hürriyetler anlayışı için bir tehlikedir.

Strasbourg Parlamentosunda “Avrupa sağ”ları grubunun (Droites europeennes-DR.), **Front National** (Fransa), **Republikaner** (Almanya) (16), **Vlaams Blok** (Belçika milliyetçi flaman Partisi), iki ana teması, dışardan göç ve güvensizliktir (17).

- 
- (13) Bk. İrlanda Anayasa Başlangıcı; “in the Hame of the Most Holy Trinity, from Whom is ali autoritil and to whom, as our final end. ali actions bot of mem and States must be referred. We the people of Eire. ... Do hereby adopt, enact, and give to ourselver this Constitution”. İrlanda Anayasası “Başlangıç”].
- (14) Bk. J.M. Kelly. The iristi Constitution. University College, Dublin 1984 (2. ed.). s. 427 vd. (GİKU) yasağı, 1983'te, halkın üçte ikisinin tercihi ile Anayasaya konan 8. Ek'le getirilmiştir: Devlet fütüs'ün hayatını koruma yükümlülüğü altındadır.
- (15) Bk. N. Dubofc. “La jeune fille irlandaise et Maastricht. suites”. Liberation 27 Mars 1992.
- (16) “Reps”ler 1989 ilkyazı Avrupa Parlamentosu seçimlerinde. Federal Alman Cumhuriyetimde oyların % 7.1'ini almışlardır.
- (17) M. Scotto, “Les liaisons orangeuses de l'extreme droite”. Le Monde, 18 Fdvrier 1992. Ayrıca Bk. A.M. Duran ton., Crabol. L'Europe de l'eatreme droite. De 1945 i nos jours. PUF. Paris. 1991.

Almanya'da 5 Nisan 1992 tarihinde Bade-Wurtemberg ve Schles wig-Holstein parlamentolarını yenilemek için yapılan bölgesel seçimlerde de aşın sağ aynı temalarla, oyların % 11 ve % 6\*sını alarak % 5'lik seçim giyotininin aşmışlardır (18) Irkçılık ve milliyetçilik, Avrupa'da yeni "Dnvar"lar kurma arayışı içindedir.

Batı Avrupa **Siyasi establishment'ının 'Kara Nisan'** olarak hatırlayacağı son seçimlerde (19) Topluluk halkının yarısı oy kullanmış, genel yaran temsil eden partilerin ağırlığı azalırken, özel yararlar temsil eden partilerin ağırlığı artmış, aşın-sağ'm oylan da büyümüştür. Fransa'da "**Front National**" solun gerilemesinden yararlanırken, Almanya'da aşırı sağ bölgesel Parlamentolara girmiş, Kuzey İtalya'nın populaist "Birlik"Tei (Ligues) oylarını arttırmıştır.

Kimlik, coğrafya ve siyasi model arayışı içindeki Avrupa'da, **Maastricht** karşısında nasyonalist kapanma ya da geri çekilmeler, ikinci bir alternatif olmaktadır (20).

## 2. Milli Egemenlik kavramı değişirken.

**"Saint-Pierre İsa'yı inkar etti... iyi de yaptı" mı? ya da "maastricht Avrupası" Anayasaları nasıl değiştirir.**

2.1. "**Ubi Societas İbi Jus**". Fransız Anayasa Konseyi'nin 23 ve 25 Temmuz 1991 tarihli kararları.

Fransız Anayasa Konseyi eski yargıçlarından **F. Luchaire**, Konseyin transız kamu fonksiyonunu Avrupa Topluluğu vatandaşlarına açan yasa ve ortak şuurlarda denetimin kademeli kaldırılmasını öngören Schengen uzlaşması uygulama konvansiyonunun onaylanmasına izin veren yasa ile ilgili, 23 ve 25 Temmuz 1991 tarihli kararlarını incelediği yazısını bitirirken, M. Debre'in 1945'lerde yayınlanan "Yarın Barış" adlı kitabından bir alıntı yapmıştır: "Uluslar hala canlı ama mutlak egemenlikleri öldü... Bizden sonraki kuşaklar, büyük bir ihtimalle, **milli egemenlik** kavramını uluslar hayatının yan-ilkel evresi ile birlikte düşüneceklerdir"(21)

---

Bugün Avrupa Parlamentosunda gerçekleştirilmek istenen. 518 üyeden 178'ine sahip olan Sosyalistlerle aşın sağ arasında sağlan birleştiren ortak bir mekan kurmaktır. Bk. Liberation 27 Mars 1992.

(18) Le Monde 7 Avril 1992.

(19) Bk. A. Dubetnei. "L'ömergence du fait minoritaire". Le Monde. 19-20 Avril 1992.

(20) Liberation 17 Avril 1992.

(21) J. Brufere. Demain la Paix, Plan, Paris 1945.

Bugün milletlerarası münasebetleri düzenleyen hukuk kurallarının çoğalmasının ötesinde, hürriyetlerin korunması adına müdahale hak, belki de ödevinin doğuşuna tanık olunmaktadır (22). Toplum sadece milli değil ama milletlerarasıdır. Ve eskilerin dediği gibi, her toplum kendi hukukunu salgılar. **“Ubî societates ibi jus”**. Ve hukukun gerçeği -kelimenin objektif anlamında-kendini kabul ettirmektir. Milli sınırlar da bunu engelleyemez.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 23 ve 25 Temmuz 1991 tarihli kararları bu gelişmeyi tescil eden kararlardır (23). Bu gelişmenin izleri Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da görülür (24).

**Şimdi, Baudelaire gibi, “Saint-Pierre İsa’yı inkar etti... iyi de yaptı”** mı demek gerekecektir? Bu sorunun cevabı ne olursa olsun, herhalde, **“çok daha az “mîtik”, çok daha az megaloman, çok daha az tehlikeli bir Egemenlik anlayışına”** ulaşmak gerekecektir (25).

2.2. Avrupa Birliği üzerine Maastricht sözleşmesi ya da Avrupa için tek Anayasa Projesi; **“Milli egemenlik”** ve Fransız Anayasa Konseyi. **“Duale Anayasa”** projesi şekillenirken.

Fransız Anayasa Konseyi, 9 Nisan 1992 tarihli kararında, Avrupa Birliği üzerine **Maastricht Sözleşmesi** onayının (ratification) **milli egemenliği** kayıtladığı gerekçesi ile önce Anayasa değişikliği gerektirdiği sonucuna varmıştır (26).

Kararın kilit-problemlerinden biri, Avrupa bütünleşmesi sürecinde, Konsey'in oybirliği ile alman kararlarla, oyçokluğu ile alman kararlar arasında yaptığı ayırımdır.

Konsey Maastricht sözleşmesinin üç ana unsurunu, **“Avrupa vatandaşlık”**ın Fransada yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı (27)

- 
- (22) Bu konuda bk. M. Bettati, “Un droit d’ingerence?” RGDİP. 1991 s- 639. vd.; S.J. Glod. “International claims arising from Iraq’s invasion of Kuwait”. The International lawyer. 1991. s. 713 vd.
- (23) Bk. F. Luchaire. “Le Conseil Constitutionnel et la Souveraincté nationale”. RDP., 1991.s. 1499 vd.
- (24) AYM. sinin 1988/3 karar sayılı kararı, bk. B. Çağlar. Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı. Yenilenen Anayasa Düşüncesi Üzerine. Anayasa Yargısı. Ankara, 1991.
- (25) Bk. B. Cabertafond. “Souverainetes en Crises?”. op. cit.
- (26) Anayasa Konseyi kararı İçin bk. Le Monde 11 Avril 1992.
- (27) Not etmek gerekir ki, yerel yönetime seçilen “yabancılar”ın siyasi hakları kayıtlayan bir metin Avrupa bakanlar konseyi önüne gelmiştir.

tek para, yabancılar için vize milli politikasının terkinin, Anayasaya aykırı bulmuştur. Ancak Anayasa Konseyi, Avrupa'nın kuruluşu prensibini Fransız anayasa kuralına aykırı görmemiştir. Bu konuda içtihatdan dönüş açıktır (28). Konsey 1976 yılında Avrupa Parlamentosu'nun genel oyla seçimini öngören anlaşmanın Anayasaya uygunluk denetiminde, Anayasa Başlangıcının egemenlik kayıtlamalarına imkan tanırken, devrine izin vermediğini söylemiştir (29). Oysa bugün, siyasi entegrasyon projesi “**egemenlik devri**”ni de “**transferts de souverainete**” gerektirmektedir.

Anayasa Konseyi, 1946 Başlangıcının, Fransız Cumhuriyeti “milletlerarası kamu hukuku kurallarına uyar” prensibinin onaylanan Avrupa sözleşmelerine bağlılığı getirdiğini tesbit etmiş, ulusal egemenliğin sınırlarını da çizmiş, yetki devrine de belli Ölçüde imkan tanımıştır.

“sous reserve de reciprocite”, le “respect de la souverainete nationale ne fait pas obstacle (...) à ce que la France puisse conclure (...) des engagements internationaux, en vue de participer à la creation ou au developpement d'une organisation Internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de decision par l'effet de transferts de competence consentis par les Etats membres”

Konsey, bu yetki devirlerinin “**Ulusal egemenliğin zorunlu kullanılma şartları**”nı (les conditions essentielles d'exercice de la souverainete nationale) koruması gerektiğini ifade etmiştir. Konsey bu **Şartları Schengen** Anlaşmalarının Anayasaya uygunluğunu denetlediği kararında açıklamıştır; “Le devoir pour l'Etat d'assurer le respect des institutions de la République. le continuité de la vie de la nation et la garantie des droits et libertés des citoyens” Devletin Cumhuriyet Kurumlanır, ulusun sürekliliğini ve vatandaşların hak ve hürriyetlerinin teminatını sağlama yükümlülüğü.

Konsey, Maastricht anlaşmasının hak ve hürriyetlerin teminatını getirdiğini belirlemiş ve Avrupa bütünleşmesi genel çerçevesini kabul edilebilir bulmuştur.

---

(28) Ulusal egemenlik prensibi ve Fransız Anayasa Konseyi jürisprüdansı için bk. B. Genevois. La jurisprudence du Conseil Constitutionnel Principes directeurs. STH. Paris 1988, S. 363 vd.; Cf. Th. Brehier. “De Maastricht à la révision de la Constitution”, Le Monde 11 Avril 1992-

(29) Konseyin 30 Aralık 1976 tarihli kararı için bk. RDP., 1977, S. 129, note Favoreti, Philip: D. 1977. J. 201 note Hamon.; C. Franck, Les grandes décisions de la jurisprudence. Droit constitutionnel. PUF., Paris 1978. S. 40 vd.; B. Çağlar. Anayasa Bilimi. İst- 1991. s. 252 vd.

Maastricht Antlaşmasının onay aşamasında (30), Anayasa Konseyi Kararı, “**J. Bodin ve Ocak 1993**” Davası’nın varış çizgisini belirleyici bir karardır.

Fransız Devlet Şurası (C.E.), Hükümetin hazırladığı Anayasa değişikliği projesini 16 Nisan 1992 de onaylamıştır. **Elysée ve Matignon**’un hazırladığı metin, Anayasaya Avrupa Birliği ile ilgili iki maddeli yeni bir Başlık “**De l’union Européenne**”, eklenmesini öngörmektedir (31).

C.E., Anayasanın belirli maddelerini değiştirmek yerine, Metne ayrı bir başlık eklenmesini uygun bulmuş, Maastricht Avrupası’nın ilk “**duale**” (ikinci) Anayasası şekillenmiştir.

### **3. Folklor dan Senfoniye. Beethoven’in 9. Senfonisinin Prelüdü ve “Bölgeler” Avrupası.**

#### **3.1. “Bölge Devlet” formülü ve “Bölgeler Avrupası”**

Bugün “Bölge”ler, sadece bir folklor değil ama, sınırsız bir Kıta’nın yeni coğrafyasını şekillendiren gerçeklerdir. 1992’de Mannheim’da, Avrupa ezgisi, Beethoven’in 9. Symphonie’sinin Prelüdü ile, Avrupa Bölgeleri Kurultayı’nın 500 delegesi bir araya gelmiş (32), Siyasi Avrupa mimarisinin temellerinin atıldığı Maastricht Zirvesinde ise, bölgesel ve yerel topluluklar temsilcilerinden kurulu istişari bir komite kurulmuştur (33). Bölgelere Topluluk Mahkemesine başvurma hak-

---

(30) Avrupa Parlamentosu Maastricht antlaşmaları 7 Nisan 1992 de 62 karşı. 31 çekimser oya karşı 226 oyla onaylamıştır. Parlamento kararının temelini teşkil eden Martin-Herman Raporunda. Birlik Antlaşması “demokratik-parlamentar açığı\*” gidermekle suçlanmıştır. Bk. Liberation 8 Avril 1992.

(31) Projenin 1. maddesine göre; “Sous réserve de réciprocité, la France consent aux transferts de compétences nécessaires à l’établissement de l’union économique et monétaire européenne, ainsi qu’à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des Etats membres de la Communauté”.

İkinci maddesine göre. “Sous réserve de réciprocité, les ressortissants des Etats membres de la Communauté européenne résidant en France sont électeurs et éligibles aux élections municipales. Ils ne peuvent ni exercer les fonctions de maires ou d’adjoints au maire ni participer à l’élection des députés.” Bk. Le Monde, 17 ve 18 Avril 1992.

(32) Bk. L’Espresso. 6 Mars 1992.

(33) Bk. “Treaty on European Union”, m. 198/a: “A Committee consisting of representatives of regional and local bodies. hereinafter referred to as “the Committee of the Regions”. is hereby established with advisory status”.

kının tanınması da düşünülmüştü!. Avrupa yeni mekanında “**Bölgeler\*** gerçeği, uzlaşmacı siyasî kültürün hazırlayıcısı olurken, **Merkez-Çevre** münasebetlerini de yenilemiştir.

1978 tarihli İspanyol Anayasası, İspanyol ulusunun bölünmez birliğini taurken onu meydana getiren milliyetlere ve bölgelere özerklik tanıyarak yeni bir “**Bölgeli Devlet**” formülü getirmiştir (34). Demokratikleşme süreci içinde iki formül, ayrılıkçı hareketleri etkisizleştirmede kullanılmıştır; “**Estado autonomico**” (bölgelere Özerklik tanımak) ve “**Cafe para todos**” (herkese kahve) ya da nasyonalist mekanların bu Özelliğini törpülemek için formülü yaygınlaştırmak (35).

**Maastricht Zirvesi’nde “Bölgeler Komitesi”nin** (36) (Comite des regions) kurumsallaşmasında bu formüllerin etkisi açıktır. “Merkez”in yetkilerini kayıtlayan İspanyol formülü yapılaşma, çok-kültürlü ve çok-uluslu bir toplumda uzlaşmacı siyasî kültürün de hazırlayıcısı olmuştur (37).

Budapeşte Merkezi Avrupa Enstitüsü Direktörü C. Kiss’in yazdığı gibi, belki de, standartlaştırılan bir Avrupa mekanı karşısında “etnik mozaik”in korunması gerekir. Bunun için de bölgeselliğin geliştirilmesi Avrupa yeni yapılanması çerçevesinde düşünülebilecek çözümlerden biridir (38).

Avrupa Topluluğu karar organlarının yetkilerinde genişleme, millî karar “**Merkez**”lerinin yetkilerini kayıtladığı ölçüde nasyonalistlerin tercihi olmuş, özellikle İspanya’da, Katalan ve Bask nasyonalistlerinin politikalarını şekillendirmiş. “**Bölgeler Avrupası**” (L’Europe des regions) nasyonalistlerin hedefi olmuştur. Sovyet merkezîyetçiliğinin çöküşü ile canlanan “**Battık Virüsü**”nün bulaşıcı özelliği İspanya’dan sonra İtalya’da da görülmüştür. **Ulus-Devlet’ler** arasında sınırları silen **Avrupa Birliği** Yapılanması ise, milliyetler sorununun da çözümü olarak düşünülmüştür (39).

---

(34) Cf. G. Carcassonne. “Les ‘mtionalites’ dansla Constitution”. Pouvoirs. 1978. S. 117 vd.; M. Pastor Lopez. Changements structuraux dans l’Etat Espagnole. Les phñnomtaes de rdgionalisation. Association Internationale de Science politigue. XIII Congres mondial. Paris 1985.

(35) Bugün İspanya’da özerk bölgeler sayısı 17’dir.

(36) Bk. “Avrupa Birliği Sözleşmesi”, m. 198 vd.

(37) Bk. N. Dubois. “Le coeur catalan bat pour la Communaite”. Liberation 20 Mars 1992.

(38) C. KIss. “Plaidoyer pour Jes minorites”. Liberation. 28 Fivrier 1992.

(39) Bk. M .A. Bastenier. “Catalanisme aiostatigue”, Liberation. 20 Mars 1992.

### 3.2. Fransız Anayasa Konseyi'nin “**Korsika'nın Statüsü**” Kararından Türk Anayasa Mahkemesinin “**Sivil Barışın Anayasal Düzeni Teorisi**”ni Kurucu Kararlarına.

#### 3.2.1. Fransız Anayasa Konseyi'nin “**Korsika'nın Statüsü**” Kararı.

Fransız Anayasa Konseyi “**Korsika'nın Statüsü**” (Statut de la Corse) ile ilgili 9 Mayıs 1991 tarihli kararında, Statü'nün birinci maddesinde yer alan: “**peuple corse composante du peuple français**” (Fransız halkının bileşeni korsika halkı) ifadesini Anayasaya aykırı bulmuştur. Anayasaya aykırı bulunan düzenlemelerden arındırılan Kanun 13 Mayıs 1991 de isdar edilmiştir (40).

Anayasa Konseyi, “**Fransız halkı**” kavramının anayasal değerini ve bölünmezliğini doğrulamış, İhtilal mirası, ayırım gözetmeksizin fertlerin -yurttaşların- bölünmez bütünü “**fransız halkı**” (peuple français) nı meydana getirir prensibini korumuştur.

Anayasa Konseyi'nin kararı iki kazıye üzerine kuruludur: Anayasa sadece bir halk tanır; ve bu halk “vatandaşlar”, ayırimsız fertlerden, kuruludur.

Anayasa Konseyi, “**fransız halkı**” kavramının, Anayasallık bloğunun kurucu unsurlarında getirildiğini hatırlatmış ve bu kavramın anayasal süreklilik içinde korunduğunu not etmiştir (41): Sonuçta “**fransız halkı**” hukuki konsepti anayasal değerdedir. Anayasa Konseyi kararının felsefesini ifade eden bu tesbit iç hukukta “**azmlık**”İann anayasal varlığının reddidir (42).

Anayasa Konseyi'nin “**Korsika'nın Statüsü**” kararı (43), azımlıklara özel statü tanıyan federal ya da Üniter Devletler anayasal düzenle-

(40) Karar ve ilk yorumu (L. Favoreu) için bk. RDFC 1991. s. 305 vd.

(41) Cf. La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989. Colloquie de l'Association Française des constitutionnalistes. Economica. Paris 1990.

(42) Cf. B. de VVltte. “Minorités nationales; reconnaissance et protection”. Pouvoirs 1991. S-116 vd. Fransa bir yorum beyanı ile Birleşmiş Milletler Paktının 27 maddesini. Anayasa ile azımlık tanınmadığı gerekçesi ile uygulama dışı bırakmıştır.

(43) Anayasa Konseyinin kararının farklı yorumlan, içtihatda süreklilik ve farklılaşma tezleri için bk. Jurisprudence du Conseil Constitutionnel chr. RFDC. 1991. s. 475 vd. Aynca bk.; R. Etlén. Jurisprudence constitutionnelle: indivisibilité du peuple français. Nouveau statut de la Corse. Revue administrative. 199L s. 234; B. Genevois. Le contrôle de constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse, Revue française de droit administratif. 1991. s. '07 vd.; T. Michalon. Une vole pour

meleri (44) karşısında, yerel yönetimden federalizme ve özerkliğe giden kademelenmenin ilk sıralarında kalmıştır.

Ancak Fransız Anayasa Konseyi'nin bu konuda jürisprüdansiyel politikasını değerlendirirken, bölünmezlik ve bütünlük prensiplerini yumuşatan kararlarını yok saymamak gerekir, özellikle de Korsika'nın kültürel kimliği ve Statüsü ile ilgili kararı (45).

Fransız Anayasa Konseyi'nin yerel yönetimden özerklik ve federalizme giden kademelenmenin ilk sırasında yer alan **“Korsika'nın Statüsü”** kararı karşısında Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararları hangi sırada yer alır?

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi Vak'asında **“Sivil Barış'ın Anayasal Düzeni Teorisi”** ni kuran kritik kararlarına bir yenisini eklemiştir.

### 3.2.2. Türk Anayasa Mahkemesi ve **“Sivil Barış'ın Anayasal düzeni teorisi”**

Banşsız ya da “az-güvenli” bir mekanda çalışan Türk Anayasa Mahkemesi, Siyasi partilerin yasaklanması vak'alarında, laiklik ve dini sebeplerle örtünme davalarında (46), Ceza kanunu ile ilgili konularda

---

ia Corse; la specialité législative. Revue de Science administrative de la Méditerranée. 1990. s. 75. vd.. D. Rousseau. La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse, Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale. 1990. s. 63 vd.. F. Luchaire. Le statut de la collectivité territoriale de la Corse. RDP.. 1991 ■ s- 943; G. Vedel. “La Sagesse des Sages” L\*Express. 16 Mai 199L

- (44) Bu konuda özellikle bk. E. Klein. “The protection of minorities: Conception and implementation”. Law and State. 1991. s. 79 vd. Not etmek gerekir ki, İnsan hakları İle İlgili milletlerarası belgelerde- azınlıkların korunmasının ideolojik temeli “İnsan haysiyeti”nin (Human dignity) korunması olmuştur.
- (45) Bu konuda bk. D. Rousseau. Droit du Contentieux constitutionnel. Montchrestien. Paris 1990. s. 196 vd.
- (46) Mahkeme. 1971 /76 karar sayılı kararında. "... laiklik ilkesi, din ve Devlet ilişkilerini düzenleyen bir ilke olması nedeniyle, her ülkenin içinde bulunduğu ve her dinin bünyesinin oluşturduğu koşullar arasındaki ayrılıkların, laiklik anlayışında ayrımlar çıkarması zorunlu bir sonuçtur” derken bu farklılığın da altını çizmiştir. Laiklik prensibini. “Anayasada öngörülen kimi kısıtlamaları zorunlu kılan bir neden” sayan Mahkeme, “Atatürk müriyetçillği”ni Sivil barış kurucu unsuru olarak görmüştür. Anayasa Mahkemesi laiklik ve dini sebeplerle örtünme ile ilgili kararlarında, “dinsel gerekli düzenlemeleri”!, bölünmelere yol açma ve sivil barışı bozma istidadı taşıyan düzenlemeler saymış ve “Demokrasiden yararlanarak laikliğe karşı çıkışların din özgürlüğünün kötüye kullanılması” olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, laiklik

verdiği kararlarla “**Sivil Barışın Anayasal Düzeni Teorisi**” nin kurucu unsurlarını getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 /1 Karar sayılı Siyasi Parti kapatma kararında, 1980/59 Karar sayılı kararname yollama yaparak, “Anayasa’da ırkçılık, turancılık ya da din veya mezhep doğrultusunda bütünleşmeyi amaçlayan inançları reddeden... birleştirici ve bütünleştirici” milliyetçilik anlayışım teyit etmiştir. Anayasa Mahkemesi, “Sivil barışın anayasal düzeni teorisi” mantığında, bölgelerin ulusal kimliği olmayacağı, Türk dil ve kültüründen başka dil ve kültürleri koruma, geliştirme ve yaymanın “millet bütünlüğü ”nü bozacağı sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre Anayasa, özerklik ve özyönetim biçimlerine de kapalıdır (47).

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, Sivil barışı koruma adına, kapalı kültürel alan teorisini kuran kararlarından biridir. Türk Anayasa Mahkemesinin bu karar, sivil barış'sız bir toplumun “Bölgeler Avrupa pası” ile bütünleşmedeki zorluklarını da göstermektedir.

#### **4. Avrupa yeni mekanı'nı barışlandırma cihazları: “Avrupa Hakem Mahkemesi” ve “Azınlıklar Ombudsman”ı.**

Toplumun milletlerarasılaşması sonucunda salgılanan sadece “Hukuk” değil ama, bu hukukun gerekli kıldığı barışlandırma cihazlarıdır Avrupa yeni Mekan'ının da, “Avrupa Hakem Mahkemesi” ve “Azınlıklar ombudsmanı” gibi

Avrupa da yeni bir “**Mahkeme**”, “**Avrupa Hakem Mahkemesi**” nin (Cour europeen d'arbitrage) kurulması düşüncesinin ilk uygulaması Barış Konferansı bünyesinde onikilerm getirdiği Yugoslavya ile ilgili “**Commission d'arbitrage**” dir. Avrupa yeni mekanında çatışma ve uzlaşmazlıkların hukukla çözülmesi ya da uzlaştırılması-barışlandırılması arayışı. Toplum Mahkemesi, Strasbourg İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, La Haye “Milletlerarası Adalet Divanı” (La Cour International de Justice) ya da “**Dünya Mahkemesi**” dışında (48) yeni

---

ilkesinin esasları arasında, “Devlete, kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatı ile, dinî hak ve hürriyetler üzerinde denetim yetkisi tanıma”yı da saymıştır. Bk. Anayasa Mahkemesinin 1986 / 26 karar sayılı Kararı.

(47) Bk 28.1.1992 tarih ve 21125 sayılı Resmi Gazete.

(48) Cf. R.E. Lutz, “Perspectives on the World Court, the United States, and international dispute resolution in a changing World”. The international Lawyer, 1991. s. 675 vd-; Bu konuda ayrıca bk. U.N. Charter, m. 33; Charter of the organization of

bir yargı yerinin kurulması düşüncesini gündeme getirmiştir. Avrupa Konseyi'nin "**Azınlıklar Ombudsman**", projesinde bu düşüncenin bir parçasıdır.

Avrupa yeni mekanında milliyetçi çatışmaların, azınlıklar sorunlarının hukukla çözülmesi için düşünülen yeni bir yargı yerinin ilk tasarımını yapanlardan, Fransız Anayasa Konseyi Başkanı **Robert Badinter** uzlaşmazlıkların çözümlenmesinde Mahkemenin, demokrasi-lerde tanınan hukukun genel prensiplerini kullanması, bu ilk kullanımın sonunda şekillenmeye başlayacak "**Corpus**"un, Avrupa "**Common law**"mm kurucu unsurunu meydana getirmesi durumunda, uzlaşmanın hangi prensipler üzerinde kurulabileceğinin bilinmesine imkan hazırlanabileceğini not etmiştir (49).

Özellikle etnik çatışmaların barışlandırılması misyonunu yüklenen yeni bir "Mahkeme"nin kurulması düşüncesi, Avrupada totalitarizmlerin çöküşü, uzlaşmaz ideolojiler çatışmasının sona ermesi ve bir Avrupa "Common Law"nın şekillenmesinde Avrupa Mahkemeleri ve Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı sürecinin taşıdığı ortak hukuk prensiplerinin kabulü, uzun süre küçümsenen Hukuk'un rövanşıdır.

Batı Avrupa'nın kompleks organizasyonu karşısında merkezi ve doğu Avrupa'ya kurumsal bir boşlukta bırakmamak ve bu mekanlarda "**Hukuk kültürü** eksikliği"ni gidermekte etkili bir cihaz olarak görülen Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı süreci, Avrupa "**Common Law**" mekanını da belirlemektedir (50).

Avrupa Konseyi'de, Kıt'ayı tehdit eden istikrarsızlaştırıcı unsurları etkili biçimde engelleyebilmek için, yetkilerini "**azınlık hakları**" na kadar genişletme ve bir arabuluculuk kurumu getirme arayışı içindedir, Bugün bir "**Azınlıklar Ombudsman**"ı projesinin varlık nedeni budur (51).

Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı çerçevesinde kabul edilen metinleri biraraya getiren

---

American States, m. 21; European convention for the pacific set t [emen t of disputes, m. 1-3; Pact of the League of Arab States, m. 19; Charter of the Islamic Conference, m. İi(a). para. 4.

(49) R. Badinter'in görüşleri için bk., "Un tri bunal pour le Continent". Liberation. 4 Octobre 1991.

(50) 1990 Kasımında otuzdört D eti et Paris Şartını imzalamıştır. Bugün sayı elli birdir.

(51) Bk- N. Buboıs, "Un Ombudsman pour veüler sur les minoritds". Liberation 22 Novembre 1991.

bir Deklarasyonun normatif sistemini kurduğu **Ombudsman'a**, Konsey ve üye Devletler yanında Avrupa Topluluğunun da katılması öngörülmektedir. Bu projenin gerçekleşme sürecini kesintiye uğratan ise, bugün belli sayıda ülkede, tarihi bakımdan geçerli olan Devlet'in **üniter** anlayışıdır,

## BÖLÜM İKİ

### ANAYASAL DEMOKRASİ YA DA ÇOK DAHA AZ “MİLLİ” ÇOK DAHA “AVRUPALI” ANAYASA

Bugün, **“Demokrasi'nin metamorfozu'ndan** anlaşılması gereken “Hukuk”a demokratik talebin kurumsallaştırılmasıdır. Bu çözüm, Devletle yönetilen sistemlerde, **“Cumhuriyet eksikliği”ni** giderme formülü olarak düşünülmüştür. Demokratikleşme sürecindeki merkezi ve doğu Avrupa'da, anayasal yapılanma hareketlerinde önce bir hak ve hürriyetler listesi, sonra bu hak ve hürriyetlerin yaptırımını anayasal yargılama cihazları getirilmektedir.

Kapalı toplamlardan açık toplamlara geçişte, anayasal jüriprüdans, global toplumlar ötesinde düşünülürken, Avrupa ortak hukuk mekanında jüriprüdanslar arası etkileşme **“Avrupa Common Law?”** ını şekillendirmektedir. Fransız Devlet Şurası'nın 1950'lerde yazdığı **“Dame Lamotte”** kararını Avrupa Topluluk Mahkemesi çeyrek asır sonra **Jobnston Vak'**asmda yeniden yazmaktadır. Bu gelişmeler, klasik anayasa teorisi **“Postulaf”**ınm da sonudur.

#### 1. Ferd'in Politikleşmesi, “Hukuk”a demokratik talep.

##### 1.1. Klasik Anayasa teorisinin **“Postulaf”**ı tartışılırken.

Klasik anayasa teorisi bir postulat üzerine kuruludur: Siyasi hürriyet, iktidarlararası münasebetin anayasal düzenine bağlıdır (1).

Oysa, sistem, parlamenter, prezidansiyel ya da yarı-prezidansiyel olsa da, normatif iktidar üzerinde hakimiyeti, kazanan taraf ve onun yöneticisine veren **“çoğunluk mantığı”** gereğince, **İktidar birlik ya da bütünlüğü Yürütmede gerçekleşir.**

---

(1) Bunun içindir ki basım tarihleri yeni olsa da. klasik anayasa teorisini yeniden yazan anayasa hukuku el kitaplarında, hak ve hürriyetler sistemine yer verilmez.

İspanyol, Portekiz, İsveç, Avusturya, Almanya Anayasaları Yasama, ve Yürütmenin yetkilerini ve aralarındaki münasebetleri farklı düzenler ama bu sistemlerin hepsinde Yürütme, Başbakanın kişiliğinde “**siyasi oyım**”a hakim olur ve Parlamento’yu da bir kayıt odası durumuna sokar.

Birleşik Devletler prezidansiyel sistemi (2) ise Parlamento’nun Özerklik ve gücünü sağlamaktan çok, Başkanın çeşitli tekniklerle politikasını Kongre’ye kabul ettirdiği bir “**Kulvar parlamentarizmi**” dir (parlementarisme de couloir).

Amerika Birleşik Devletlerinde Cinsel tacizle suçlanıp Senato araştırma Komisyonunda aklanan Yüksek Mahkeme yargıç adayı **Clarence Thomas** Vak’ası ya da “**Thomasgate**” (3) önce, “**Çatışmacı birlikte yaşarlığın\***” (Cohabitation conflictuelle) seyirlik unsuru olmuştur. Carter dönemi hariç, yirmi yıldan uzun bir süredir Cumhuriyetçiler Beyaz Saray’da, Demokratlar da Kongrededir ve **G, Bush üç yıl içinde** Kongrenin oyladığı yasaları **yirmi kere veto** etmiştir.

Yirmi üç yıl boyunca, Demokratlar kendi ideolojilerine yakın bir yargıçı Yüksek Mahkemeye atama imkanına sahip olmamışlardır.

Birleşik Devletleri usulü Prezidansiyel sistemin belirleyici unsurlarından biri olan Yüksek Mahkeme, bugün altmışlı yıllar “Liberal aşırılıktan”ndan sonra şimdiye kadar olmadığı Ölçüde muhafazakardır. **İktidar bütünleşmesi** Yüksek Mahkemenin yapısını ve jürisprüdansiyel politikasını etkilemiştir.

İktidar birlik ya da bütünlüğü ile “**Politika**”dan yoksun bırakılan ferdin “**Politika**”da yeniden etkili olabilmesi normatif iktidarın kullanımına katılma şartına bağlıdır (4). Bu şartın gerçekleşmesi için, fertlerin, normların Anayasaya uygunluk denetimini yapan mekanizmaların işleyişine katılması gerekir. Demokrasi, sadece iktidarın kaynağı ile değil, ama iktidarın denetimi mekanizmalarına katılma kanallarının genişliği ile de tanımlanır.

Milletlerarası normatif metinlerin birlikte okunması, “**Demokrasi**”nin milletlerarası kamu düzeni sayılabileceği ve bu düzenin kamu oto-

---

(2) Cf. Başkanlık sistemi tartışmaları, Bülten, Türk Demokrasi Vakfı yayın organı. Nisan 199b s. 43 vd.

(3) Bk. B. Laporte, “Etats-Unis. La Politique sous la cetnture”, Le Point, 19 Octobre 1991; F. Burgess. “Clarence Thomas et ses juges”, Le Monde, 18 Octobre 1981. Le monde, 17 Octobre 1991-

(4) Bk. D. Rousseau, “Une rivision pour Jes citoyens?”, Liberation 27 Mars 1992.

ritesi-fert arasındaki münasebetler yeni felsefelerini de şekillendirdiği sonucuna götürmektedir. Orta Çağ'ın Soyta-Soysuz Burjuva ihtilallerinin **Yöneten-Yönetilen** ayırımından sonra bugün, "Politika"ya, ve bu yolla onuruna sahip çıkan "**Fert**" anlayışına ulaşılmıştır (5).

Denetimin demokratikleştirilmesi, "**Mutlak Demokrasi**"den "**Anayasal Demokrasi**"ye geçişin başlangıcıdır. Hukuka demokratik talebin kurumsallaştırılması ise, "**Anayasal Demokrasi**"nin tanımıdır (6).

1.2. "Cumhuriyet Eksİği"ni giderme formülü: Anayasal Demokrasi.

Demokrasi kavramının anlamı, zaman ve mekana, sosyal sınıflara, uygulama şartlarına göre değişir.

Çoğunluk kurah-demokrasi teorisi dışında, başka kurucu unsurlara, fren ve karşı-ağırlıklara öncelik tanıyan, çoğunluğun denetim alanı dışında kalan insan haklarını kavrayan, ikinci bir demokrasi de vardır. Bu anlamda iktidarların fragman tasyonu, demokrasinin alt yapısıdır (7).

Demokrasinin tanımlanmasında Siyasî İktidar ve Ekonomik İktidar kavramları da kullanılmış, anayasal demokrasi ile ekonomik demokrasi arasındaki mesafe üzerinde de durulmuştur, özellikle H. Laski, Siyasi bakımdan demokratik bir yönetimin ifadesi, anayasa ile, üretim araçları (Ekonomik iktidarlar) denetiminin çoğunluğun dışında kaldığı toplum yapısı arasındaki fark ve uzlaşmazlıkların altını çizmiştir (8).

Bugün Demokrasi, Önce "Hukuk"la 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 doktrinidir. Egemenlikde, bu anlamı ile, Cumhuriyetçi problematiğin merkezinde yer alır. Yargının bir "**İktidar**" değil ama "**Otorite**" sayılmasının ve gerçek kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilememesinin

(5) "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.

(6) Cf. P.M. Dırpuy, "L'individu et le droit International Thdorie des droits de l'homme et fondemens du droit International". APD, 1987- s. 119 vd-

(7) Cf. R. Dahi., Democracy in the United States. Rand McNally. Chicago. 1972. s. 137 vd.

(8) Bk. H. Laski., Gouvernement parlementaire en Angleterre. PUF., Paris. 1950. s- 22 vd.

**nedeni de budur.** Bu anlayış “**Cumhuriyet Eksiği**”ni getirmiş ya da, Cumhuriyetim demokratik gelişmesini engellemiştir (9).

Türkiye’de de “**Cumhuriyet Eksiği**”, adı konmadan tartışılan bir problemdir.

Hukuk’a demokratik talebin cevaplanabilmesi, Devleti “**Yargı**\*\* ilt yenilemeyi gerektirir. Bunun anlamı Hukuk Devleti’nin takviyesi ve özellikle de “**Anayasal Demokrasi**”nin gerçekleştirilmesidir. **Bu formül önce, “Cumhuriyet Eksiği” ni giderme formülüdür.**

Hürriyetler Şartı anayasa düşüncesini şekillendiren milli ve milli üstü içtihadı Anayasa Hukuku (10). Anayasa teorisi postulatlarını da yenilemiştir.

## 2. “**Kapalı Toplum**”dan “**Açık Toplum**”a anayasal mekanlar farklılaşırken

Anayasa Mahkemelerinin kurulması ve “**Hürriyetler-Şartı**” Anayasa düşüncesini şekillendiren “**İçtihadî Anayasa Hukuku**” ya da “**Constitutional Common Law**”m gelişmesi ile, klasik anayasa şeması da değişmiş, anayasal “**Mekan**\*\*lar farklılaşmıştır.

Parlamento ve Yürütme Cihazları “**Siyasi toplum Mekanı**”nda yer alırken, Anayasa Mahkemeleri farklı bir “**Mekan**”da, “**Sivil toplum Mekanı**”nda yer alır (11).

“**Ulus-Devlet**”lerin “**kapalı toplum**” anlayışından, halkların “**açık toplum**”u anlayışına geçiş, sivil-toplum mekanım değiştirmiştir. Bugün, mili-üstü ya da milletlerarası bir sivil-toplumun varlığından söz edilmektedir.

---

(9) Bk. B. Barret, Kriegel., “La République insuffisante”. Liberation 25 Mars 1992.

(10) E. Garda de Enterra’nın not ettiği gibi. Strasbourg yargılama sistemi. Komisyona ferdî başvuru hakkını ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini tanıyan bağıtlı devletler İçin anayasa yargılaması değerindedir. Konvansiyon normlarının ihlali. Avrupa Mahkemesi önünde milli bir yasayla meşrulaştırılmaz ve yasaların üstünde yer alan bir mahkeme de anayasa yargısının çekirdeğini meydana getirir. Bu mantık çerçevesinde Topluluk Mahkemesi de, Anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir. Bunun da Ötesinde Mahkeme, “Law-maktog pearer” (kural koyma iktidarı) kullanmakta. Avrupa Konvansiyonu düzenlemelerini de Topluluk Hukuk düzenlemesi gibi yorumlamaktadır. “Milletlerarası Norm” a açılma. Milli-Üstü mahkemelerle Anayasa Mahkemelerini yakınlaştırmıştır. Bk. IV. Bölüm.

(11) Bk. D. Rousseau., Droit du contentieux constitutionnel. Montchrestien. Paris 1990. s. 369 vd.; B, Çağlar. “Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı. Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler”in Anayasa Yargısı, Ankara 1961 • s. 13 vd.

İnsan hakları Avrupa Mahkemesi ve Toplumlar 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 anlayışından açık toplum anlayışına geçişin göstergesidir.

Adı konmakta olan yeni Anayasa Hukuku'nun mekanı, “Milli üstü açık toplum” milli bölümlenmişliğin ötesinde farklı bir yapılanma mekanıdır. Demokratik sistemde sivil toplumun yapısal unsurlarından birini meydana getiren **Hükümet-Dışı organizasyonlar** (organisations non-gouvernementales, ONG) ve **Hükümet-dışı milletlerarası organizasyonlar**, bu yeni mekanın kurucu unsurlarıdır. Milletlerarasılıktan milliüstülüğe geçişte, “**Gayri-resmi Avrupa**”da (L'Europe non-officielle), bu organizasyonlar şebekesinin belirleyici rolü vardır (12) Hükümet-dışı organizasyonlar Avrupası, Devletlerarası münasebetler dışında, farklı yapılar arasında yeni münasebetlerin kurulduğu bir mekandır (13).

Avrupa'da Yerel ve Bölgesel İktidarlar Daimi Konferansı, Bakanlar Komitesi'nin 1985 yılında kabul ettiği “**Yerel özerklik Avrupa Şartı**”da “La Charte européenne de l'autonomie Locale” bu çerçevede düşünülebilir.

### 3. Global Toplumlar Ötesinde düşünülen jürisprüdans: “Avrupa Common Law”ı.

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 cihazı olarak jürisprüdansın da global toplumlar ötesinde düşünülmesini gerektirir. Yeni mekanlar, hukuk kuralları gibi, düzenleyici cihazlarını da üretir.

Avrupa Mahkemesi'nin “**yazısız normlar**” anlayışı, yargıcın normatif iktidarını tescil etmiş, **Kanun-Jurisprüdans-Hukuk** arasında münase-

(12) Bk. R. Fenaux., “Origine, nature et fonction des réseaux transnationaux d'organisations nongouvernementales.” modiles européens de démocratie associative”, in Annuaire Européen, vol. XXVIII. 1980, 16 vd-; A. Drzemczewski. “The role of NGO's in human rights matters in the Council of Europe”. HRU, 1987. s. 273 vd.

(13) Cf. Contribution du Conseil de l'Europe au séminaire d'experts de la CSCE sur les institutions démocratiques. Oslo 4-15 Novembre 1991. Strasbourg. 1991-

sebetler farkı kurulmaya başlanmıştır. “Avrupa Common Law”ı bu gelişmenin sonucudur.

### 3.1. Hukuki-Sosyal ve politik bir Vak’a: **Jürisprüdans**

Jürisprüdans, sadece **hukuki bir olay** değil ama **sosyal bir olaydır** ve global toplumlarda, siyasi- sosyal uzlaşmazlıkları çözme mekanizması olarak görülür.

Belirleyici fonksiyonu normların üretilmesi olan jürisprüdans, bir hukuk kaynağı olarak (14), “Hukuk ”un barışlandırma misyonunu da üstlenir.

Genel İradenin ifadesi “Kanun” anlayışından, politikanın ifadesi ve aracı “Kanun” anlayışına geçiş (15) jürisprüdansın da, siyasi-sosyal mücadelelerin konusu olarak kavranmasını kolaylaştırmıştır.

Kutsallığı giderilen kanundan sonra, jürisprüdansın da kutsadığı giderilmiş, “**alternatif jürisprüdans**”, yargılama cihazı içinde mücadele araçlarından biri olmuştur (16).

Reagan yönetiminin sosyal güvenlik politikasını denetleyen federal mahkemeler, federal idari normlarla daraltılan sosyal güvenlik alanını genişletmişlerdir. Öylesine ki Reagan Yönetimi, sosyal alanda federal mahkemelerin yetkilerini kayıtlayarak, bu yetkileri, kendi felsefesine uygun biçimde kurulan sosyal güvenlik mahkemelerine bir yasa ile verme denemesi de yapmıştır (17).

Jürisprüdans! “Politika”dan arındırma formülü olarak düşünülen “**Yansız değerler ya da prensipler**” (Neutral principles) ise (18), çok kere, yargısal muhafazakarlığın kod adı olmuştur (Code term for judicial conservatism) (19).

Kurulmakta olan “Avrupa Common Law”ın da “**kod adı**” farklıdır. Avrupa Mahkemesi’nin teleolojik bakış açısıyla geniş yorumladığı

---

(14) Cf. R. Şive., “Bröves reflexions sur le Droit et ses metaphores”. APD. 1982. s. 259 vd.

(15) F. Terri., “La erişe de la loi”, APD.. 1980. s- 17 vd.

(16) Bk. M. Saluden. “La jurisprudence, phinomdne sociologiqüe”. APD.. 1985. s. 191 vd.

(17) Bk. E. Ortan., “La Cour Supreme des Etats-Unis et le processus démocratique”, RDP., s. 32-; Bk. “The social security benefits reform Act” (1984) in. Congressionat Quarterly Review. 1988. s. 2332 vd.

(18) Bu konuda bk. H. Wech<der., “Toward neutral principles of constitütional iaw”. HARVARD Law Review, 1957. s. 1 vd; A.M. Bickel., The least dangerous branch: The Supreme Court, at the Bar of Politics. Bobbs-Merill. İndianapolis 1962.

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

Konvansiyon düzenlemeleri, “**yanlı değerler ya da prensipler**” tartışma-sını özellikle **Yargıç Fitzmaurice**’in karşıoyları ile, Avrupa Mekanında da başlatmıştır (20).

3.2. Kanun, “yazılı norm”mu yoksa “jrisprdansiyeel norm”mu? “Hukuk” anlayışı değişirken.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunun zel hayatın ve haberleş-me gizliliğinin korunmasını düzenleyen 8. maddesine, Avrupa Mahke-mesinin **Kruslin** ve **Huvig** kararları ile getirdiği yorum (21), Fransada, Paris İstinaf Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi kararlarını etkilemiş-tir (22).

Paris İstinaf Mahkemesinin 18 Ekim 1990 tarihli kararı, “**Kanun**” kavramını Konvansiyon ve Strasbourg jrisprdansa göre yorumla-mış ve “KanmTdan anlaşılması gerekenin, yazılı normlar yanında, jrisprdansa tesbit ettiği hukukun genel prensipleri gibi, **yazısız norm**-lar olduğu sonucuna varmıştır.

Avrupa Mahkemesi’nin “**zerk**” (autonomes) kavramlarından biri olan “**Kanun**” (23) anlayışı **yargıcm normatif iktidarını kurmada** et-kili bir formüldür (24).

Kanun-jrisprdansa-hukuk arasında farklı kurulan münasebet (25), “**Avrupa Common Law**”unun taşıyıcı unsuru olmuştur. Kıt’a

---

(20) P. Rolland. “Existe-t-il un Contrle du l’oport ünite”. in. D. Rousseau, F. Sudre. Droits et Liberty en Europe. STH. Paris 1990. s. 47 vd.

(21) 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin kararı için bk. D. 1990. s- 354. note J. Pradel. Huvig Karan da aynı gnldr. Cf. J.F. Flauss. “Ecoutes tdliphoniques: le point de vud de Strasbourg”. RFDA- 1991- s. 89 vd-

(22) Cf. P. Kayser. “La conformi  la convention des droits de l’homme et la Consti-tution de la France des Scoutes td!6phoniques”. D.. 1991. s. 17 vd.; P. Kayser., T.S. Renoux. “L’autoritd judiciaire et la loi:  propos des ecoutes tel!6phoniques”. RFDC.. 1991. s. 331 vd.; J. Pradel. “Ecoutes teliphoniques Convention europenne des droits de l’homme”. D. 1990- chr. 15.

(23) Bk. M.A. Eissen. “L’interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour europdenne des droits de l’homme”. in D. Rousseau., F. Sudre., eds. Conseil Constitutionnel et Cour europSenne des droits de l’homme.. op. cit.

(24) Cf. R. Koering-Joulin. “De l’art de faire l’onomie d’une loi.  propos de l’arret Kruslin et de ses suites”. D. 1990. Chr. 187.

(25) Bu konuda ayrıca bk. Franstz Anayasa Konseyi’nin 12 Ocak 1977 tarihli karan ile Anayasa’nın 66. maddesine getirdiği yorum. Décision 76-75 DC.; CT. L. Favoreu, “La Conseil Constitutionnel et la protection de la liberte İndividuelle et de la vie

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 başlandığını göstermektedir (26).

#### 4. Mme Lamotte, Mrs Johnston'a yardım edebilir mi?

**Ya da Avrupa Ortak Hukuk mekanı kurulurken içtihadlararası etkileşme.**

**Belfast Mahkemesinin** "ön-karar" prosedürü ile tahrik ettiği **Johnston Vakıfında** (27), kadın-erkek eşitliği prensibinin uygulanmaya konması ile ilgili, 1976 tarihli bir direktifin yorumu istenmiştir.

Kuzey İrlanda, Ulster'de özel durum nedeni ile polislerin ateşli silah taşımaya imkan verilmiş, ancak bu imkan kadın polisler için kadrolarda kısıtlamalara gidilmiş, **Mrs. Johnston'un** sözleşmesi de yenilenmemiştir.

1976 tarihli "**Sex discrimination order**"m 53, maddesine göre, **Devlet güvenliği ve kamu düzenini** korumak için yapılan işlemler, sekslerarası ayrımcılık yasağı dışında kalır. Ve Bakan ya da Bakan adına düzenlenen bir sertifika, işlemin bu amaçla yapıldığına kesin kanıt teşkil eder. Böyle bir sertifika Belfast Mahkemesine tevdi edilmiş, ancak Mahkeme bu konuda getirilen yargı kısıntısının Topluluk Hukukuna uygunluğu sorusunu Topluluk Mahkemesine sormuştur.

Mahkeme bu soruyu cevaplarken iki gerekçe üzerinde durmuştur:

— İlk gerekçe, 1976 tarihli direktifin 6. maddesi ile üye devletlere getirilen ayrımcılık yasağı ihlallerine karşı yargı yolunu iç hukuklarına sokma yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük dışında, "**Etkili sonuç**" (effet utile) prensibi de aynı sonucu doğurur.

— İkinci gerekçe, 6 madde ile getirilen **yargı denetimi**, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'nda da tanınan ve üye Devletler ortak ana-

---

privée", in Etudes offertes à Pierre Kayser- PUAM. 1979.1.1., s. 411 vd.; Ayrıca bk. Th. Renouz. Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. Economica-Puam. 1984. s. 17 vd.

(26) Bu konuda bk. B. Çağlar. "Kanun, yazılı norm mu yoksa jürisprüdensiyel norm mu? Ya da değişen Hukuk anlayışı üzerinde not". İHMD'de yayınlanacak araştırma.

(27) Topluluk Mahkemesi'nin 15 Mayıs 1986 tarihli kararı için bk. Rec. CJCE., s. 1663.

yasal geleneklerinin temelinde var olan bir Hukuk genel prensibinin ifadesidir (28).

Sonuçta Mahkeme, idari işlemler karşısında yargı kısıntısı getiren düzenlemeyi, üye devletler hukuk ortak prensipleri ışığında yorumladığı direktife aykırı bulmuştur. Topluluk Mahkemesine göre, **milli yarıncın bu yasal düzenlemeyi ihmal** etmesi gerekir.

Topluluk Mahkemesi'nin hak ve hürriyetlerin korunmasında karşılaştırmalı hukuka yollama yapan kararlarının Özelliği, ortak hukuk prensiplerini, hak ve hürriyetlerin korunmasını genişletici bir teknik olarak kullanmasıdır (29).

Avrupa Mekanının kurulmasında, üye devletler hukuklarına ortak prensipler, güçlü ayaklardan biridir ve Mahkemenin bu yorum tekniği ile Mme Lamotte, Mrs. Johnston'a yardım edebilmiştir. Yada başka bir ifade ile içtihatlararası etkileşme, Avrupa Ortak Hukuk düşüncesinin kurucu unsuru olmuştur (30).

## BÖLÜM ÜÇ

### STRASBOURG AVRUPASI, MAASTRICHT VE SCHENGEN AVRUPASI, HELSİNKİ MEKANI

LHus-Devlet ve Ulus-Devlet anayasal teorisinin krizi, önce bu Devletin ve bu Devlete bağlı anayasal teorisinin **“Mekan”** değişikliğinin sonucudur.

Devleti belirleyen **“kama gücü”** (Puissance publique), Devlet'in kendi mekanı ya da **“Ülke”**sinde ikamet eden fertlerin davranışlarını **“norm”**alleştirme anlamını taşır (1). Bugün **“norm”**alleştirme mekanı

- 
- (28) Cf. Conseil d'Etat'nın 17 Şubat 1950 tarihli, “Ministre de FAgriculture c/Dame Lamotte” karar. Kış. Türk Anayasa Mahkemesinin, Yargı denetimini etkileyen dava konusu kuralı. İnsan Hakları İlkesine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin m. 6/1. Kuralına aykırı bulan 1977/4 karar sayılı karar. AYMKD., 15. s. 106 vd.
- (29) Bu konuda bk. N. Çavuşoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler”. İstanbul 1991. s- 194 vd. (yayınlanmamış doktora tezi).
- (30) Bk. Y. Galmot “R&lerions sur le recours au droit compard par la Cour de justice des Communautds europ&ennes”. RFDA., 1990. s. 255 vd.
- (1) Bk. J.P. Henry. “La fin du reve promftheen? Le Marchd contre l'Etat”. RDP., 1991. s. 631 vd.; J. Chevallier. “L'Analyse institutionnelle”, in L'Institution. PUF., Paris. 1983.

farklılaşmıştır. Normlaştırma, Strasbourg Avrupası, Maastricht ve Schengen Avrupası, Helsinki Mekanı'nın konusudur.

Strasbourg Mekanı'nı belirleyici unsur, plüralizm üzerine kurulu **“Demokratik Toplum”** anlayışıdır. Maastricht ve Schengen Avrupası'nın mantığında ise, bu plüralizmi kayıtlayan bir **“Yabancı”** unsuru vardır. Komünizm sonrası toplumlarda, özellikle **“Helsinki Mekanı”**nda ise, “çocukluk halleri”nin sürüp gitmesi **“Demokratik toplum”** için ciddi bir handicap, ya da elverişsiz durumdur (2).

Avrupa Parlamentosu ve Fransız Anayasa Konseyi'nde mahkum edilen **“Schengen Avrupası”**ndan sonra **“Fert** merkezli insan hakları yeni ideolojisi”nin kurulabileceği yeni mekan “çocukluk halleri”nin tasfiye edildiği, **Helsinki Mekanı** ve **“Demokratik Toplum”**un kurulduğu **Strasbourg Mekanıdır**. Bu gelişmeler, Fichte usulü **“Kapalı Devlet”**in sonudur. Ve **“Kapalı Devlet”**in sonu klasik Anayasa teorisinin ve onun hak ve hürriyetler anlayışının da sonudur.

## 1. Strasbourg Mekanında **“Demokratik Toplum”**

### Strasbourg jurisprudansı analizinin düşündürdükleri

#### 1.1. Haklara getirilen kayıtlamaların sınırı kriterlerinin bütünleştirici yorumu ve **“demokratik toplum”** kavramı: tartışmanın verileri

Konvansiyonda getirilen hak ve hürriyetler kayıtlama kriterlerinin **bütünleştirici yorumu**, “zorunluluk” kaydını **“Demokratik Toplum”**-kavramının kurucu kelimeleri ile kavramsal benzerlik içinde görmüştür (3).

Devletlerin müdahalelerinde bağlı kalacakları ortak ölçüyü ifade eden bir cümlenin metne konma düşüncesi kaynağında, “American Law Institute”un Evrensel beyanname projesi vardır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nda, 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.

(2) Bu konuda bk. F. Fejtö. La ün des democraties populaires. Les ehemins du post-communisme. Seuit Paris 1992.

(3) Bk. G. Cobeu-Jonarhan. La Convention europeenne des droits de l'homme. Ecouomica. Paris 1989.

14, 21, 22) yer almıştır. Bu yeni formülasyonun esprisi, öncelikle, kompleks bir toplumun gereklerini dikkate almaktır, İnsan hakları konusunda demokrasi düşüncesi, **Sivil Toplum** temeli üzerine kurulmuştur.

Milletlerarası metin düzenlemelerinde **“demokratik toplum”** a referansın anlamı doktrinin bilinmeyişi değildir (4).

**“Toplum”** kelimesinin **“Devlet”** kelimesinin yerine konması, **Ph. Vegleris’in** altım çizdiği gibi, deskriptif bir ifadeyi **hukuk kavramı** yapmıştır,

İnsan hakları Avrupa Mahkemesi’nin, **Handyside, Sunday Times, Air ey, Lingens, Klass ve Dudgeon** kararları birlikte okunursa bu **kilit hukuk kavramı’ndan** ne anlaşılması gerektiği görülür.

Konvansiyon, Velu ve Ergec’in not ettiği gibi, bütünü ile Demokratik toplum düşüncesi üzerine kuruludur (5). Ve bugün, Strasbourg jürisprüdansını incelerken kullanılması gereken cihaz, kayıtlama kriterlerinin (6) **bütünleştirici** değil ama, **farklılaştırıcı** yorumudur.

- 
- (4) Oscar M. GARIBALDI. "On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Cause in a Democratic Society" in Essays in Honor of Louis B. Sohn, T. Buerenthal, Kehl. Strasbourg. Arlington 1984. s. 23-68.; O. JACOT-GUILLARMOD. Rapport sur les rapports entre democratie et droit de L’homme. COLLOQUE de Thesalonique. 24-27 septembre 1987 (Documents du Conseil de l’Europe); Alex Cb. Kiss. "Permissible Limitations on Rights." in The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights"- L. Henkin. ed- Columbia Univ. Press. 1981 s, 290 vd.

“Demokratik Toplum” a referansın anlamı, doktrinin bilinmeyişi değildir yargısını, Türk Anayasa hukuku doktrini için yumuşatmak gerekir.

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 demokrasi k-1 i beral sistemde resmi İdeolojiye yer yoktur. Yapılması gereken Demokrasiyi bir Postulat saymaktır. Bk. E. Teziç. Anayasa Hukuku. İstanbul 1986. s, 195 vd. Anayasa Mahkemesi rapor-törlerinden M. Turhan’da aynı görüşü beinsemiştir. Bk. M. Turhan, “Anayasamız ve Demokratik toplum düzeninin gerekleri” in Anayasa Yargısı. Ankara, 1991, s. 415. Oysa “Demokratik Toplum”, Strasbourg jürisprüdansında, Resmi ideolojinin sonu demektir ve bir “Hukuk Kavramı” Anayasa Mahkemeleri için "postulat" sayılamaz. Eğer sayılırsa, “Hukukla Demokrasi” nın anlamı da anlamsızlaşır.

- (5) Cf. J. Velu., R. Ergée. 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. ed

- (6) Bk. 26 Kasım 1991 tarihli “Sunday Times C. Royaume-Uni” (2) ve. Observer ve Guardian Birleşik Krallık’a karşı Vak’ası.

## 1.2. Deskiptif ifadeden “**Hukuk Kavramı**”na: “**Demokratik Toplum**cun tanımı.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ne göre “demokratik toplum”, plüralizmin, hoşgörünün, düşünce açıklığın, farklı olma hakkına saygının gerçekleştiği toplumdur. Kısaca “**plüralizm**” Demokratik toplumun kurucu unsurudur.

“Konvansiyon’un bütününe hakim olan demokratik toplum kavramı”nın merkezinde, siyasi tartışmaların kayıtsızlık ve açıklığı da vardır (7).

Mahkeme, demokrasinin çoğunluk düşüncesinin sürekli hakimiyeti anlamına gelmediğini, hakim konumların 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 **ifade** hürriyetidir. Mahkemeye göre ifade hürriyeti demokratik toplumun ana temellerinden biri (8) ve insan varlığının gelişmesinin ön şartıdır (9).

Avrupa Mahkemesi, “**Handyside** Vak’asında 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 tesbit edilmiş üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da korunmuştur. Bu hak, Komisyona göre de, bu ülkenin siyasi ve sosyal hayatının kurucu unsurudur (10).

Konvansiyon’un “Demokratik toplum” anlayışı, teminat altına alınan haklara getirilen kayıtlama düzenini de belirlemiştir.

---

(7) Bk. 25 Mart 1985 tarihli Bartbold kararı. Serie A. vol.. 90 51. Ayrıca bk. Lingens Vak’ası ile ilgili 8 Temmuz 1986 tarihli karar.

(8) Cf. F. Sudre. “Les libertds protgdgs par la Cour europdenne des droits de l’homme”. in D. Rousseau-, F. Sudre. 6d. Conseil Constitutionnel et Cour europöenne des droit de l’homme. Droits et libertes en Europe, STH. 1990. Paris 17 s.

(9) Bk. Serie A. vol., 23 <6 49. Ayrıca bk. Müller ve diğerleri davası. 24 1988. Sdrie A. vol., 133. & 33 ve 34.

(10) Bk. 10 Ekim 1977 tarihli. “Rassemblement jurassien et Ünite jurasienne c. Silisse”, kararı.

Konvansiyonla teminat altına alınan haklar arasında, kayıtlamalar sistemi düşünüldüğünde, saklı bir **maddi** hiyerarşinin var olduğu söylenebilir. Bu düşünce, Konvansiyon'da tanınan hakları üçlü ayırımı hazırlamıştır (11): Mutlak nitelik tanınan dokunulmaz haklar İdari ve kazai otoritelerin takdir yetkisine ayrıntılı düzenlemelerle kayıtlama getiren ve Strasbourg organlarının denetleme yetkisini genişleten kuralarla korunan haklar ("**makul süre**" kavramı gibi), hakkın özü korunmakla birlikte, Bağıtlı 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 (12).

Avrupa Komisyonu, **de Backer** Vak'asında, Avrupa Konvansiyonu yapımları metodunun, her hak ve hürriyeti ayrı maddelerde düzenlemek ve ilgili maddelere istisna ve kayıtlamaları da koymak olduğunu tesbit etmiştir (13). Bu metod ve metoda bağıh hukuk stili, hak ve hürriyetlere getirilen kayıtlamaların dar yorumuna da imkan hazırlamıştır.

İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu, **Sivil Toplum'un** özerkliğini tanıırken bir "**Hukuk Düşüncesi**" şekillendirmektedir. Sivil Toplumla Siyasi Toplum arasında kesif bir haklar şebekesi kuran Avrupa Mahkemeleri, Federal Alman Anayasa Mahkemesinin İktidarın **ölçülü** ya da **kayıtlı kullanımı** anlamına gelen **orantılık** formülünü kullanarak, Devlet'den, bu arada Parlamentodan, kaynaklanan bütün eylem ve işlemleri, zorunluluk, uygunluk ve ılımlılık çemberine sokup denetleyerek "**Anayasal Demokrasi**"nin de tanımını getirmişlerdir (14).

Bugün Avrupa Mahkemesi, anayasal uzlaşmazlıkların çözüldüğü bir forum olarak (15), değışen kurumsal ve politik çerçevede, Konvan-

- 
- (11) Cf. M.A. Essein. "La Cour européenne des droits de l'homme". RDP-, 1986. s. 1779 vd-
- (12) Bu konuda bk. Pb, Vgleris. "Les necessites publiques et la Convention des droit de l'Homme". Lic6t6 en droit positif et r^förences aux vaiuers idgales. X. Journees Jean Dabin. 1980. Bruxelles. 1982, a. 343 vd.
- (13) Cf. J.E.S. Fawcett. The application of the European Convention on Human Rights. Oxford. 1987 s. 260 vd.
- (14) İnsan hakları alanında, Avrupa kamu düzeninin anayasal cihazı olan Avrupa Konvansiyonuna getirilen çekincelerin de, bu mantık çerçevesinde değıerlendirilmesi gerekir.; Bk. N. Çavuşoğıhı. "Türkiye'nin İnsan hakları Avrupa Komisyonu'na kişisel başvuru hakkını tanıma bildirimine koyduğu 'hususlar' "üzerine bir not". IHMD., 1991. s. 2-3. s. 21 vd.
- (15) Bk. R. Ryssdal. "The expanding role of the European Court of human Rights". in A. Elde J. Helgesen. eds. The future of human rights protection in Changıng World. Norwegian C.P. Oslo. 1991. s. 115 vd.

siyonu "**yaşayan bir belge**" olarak yeniden yorumlamak durumundadır. Eğer Konvansiyon, Avrupa Komisyonu'nun "**Chrysostomos et al. v. Turkey**" Vak'asında söylediği gibi (16) "**İnsan hakları alanında Avrupa Kamu düzeninin anayasal cihazı**" ise...

## 2. Maasticht Avrupası nm iki mantığı: İnsan hakları ve Schengen Düzeni

2.1. "Maasticht Avrupası" ve "İnsan Onuu"nun dokunulmazlığı. Avrupa'nın "genetik kodu"nu düşünürken.

Maasticht Avrupası Hukuku'nda Avrupa Parlamentosu'nun kabul ettiği ve ilk maddesi "**İnsan onurunun dokunulmazlığı**"nı düzenleyen "**Temel Hak ve Hürriyetler Deklarasyonu**" (17) ve bu Deklarasyonu ayrılmaz parçası sayan "**Anayasa**" tasarısı (18), "**Tek Sened**" Başlangıcında yollama yapılan Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı" (19), "**European Council**" in 29 Haziran 1991 tarihli "**İnsan Hakları Deklarasyonu**" (20). fert merkezli, İnsan hakları yeni ideolojisini Hukuk dilinde ifade eden belirleyici belgelerdir.

Topluluk Mahkemesi de, teleolojik metodu kullanarak, Kurucu Sözleşme düzenlemelerini geniş yorumlamak, üye devletler yasamalarına, doktrin ve içtihatlarına yollama yapmak, bunun da ötesinde, üstün ve doğrudan etkili yeni bir hukuk düzeninin temel prensiplerini koymakla. Topluluk Hukukunun gelişmesinde yönlendirici bir Cihaz olmuştur. 1969 yılında başlayan sistematik jürisprüdansında Mahkeme, hak ve hürriyetleri, uygulamakla yükümlü olduğu "Hukukun Genel Prensipleri"nin bir parçası saymıştır.

Topluluk Mahkemesi'nin bu jürisprüdansiyel politikası, Tek Sened'de ve Avrupa Parlamentosunda kabul görmüştür. "Temel Hak ve

(16) "The Convention (is) ... a constitutional instrument of European public order in the field of human rights, HRLJ, 1991. s. 121.

(17) Bk. OJ. no C. 120. 18 Mayıs 1989; HRLJ.. 1989. s. 342 vd.; RUDH.. 1989. s. 344 vd.

(18) Avrupa Parlamentosu'nun 12 Aralık 1990 tarihli karar ile kabul ettiği "Anayasa Tasansı" için bk. HRU. 1991. s- 54 vd.

(19) Bk. "Community Charter of the Fundamental Social rights of Workers" için bk. Commission of the European Communities Documents- COM 89- 248. Şartın ilk uygulama "Rapor"u için bk. Social Europe. 1 / 92. s. 5 vd.

(20) Bk. HRLJ-, 1991. s. 346 vd.

Hürriyetler Dekiarasyonu”nun Başlangıç’ında “... temel hakların, Avrupa Topuluklarını kurucu andlaşmalar, üye devletler ortak anayasal geiekleneri, insan Hakları Avrupa Sözleşmesi, yürürlükteki milletlerarası belgelerden kaynaklanan ve Topuluk Mahkemesi içtihatları ile geliştirilen hak ve hürriyetler olduğu açıklanmıştır.

Ancak “**Maastricht Avrupası**” mantığı içinde, bir de, “**Schengen Avrupası**” mantığı vardır.

“İnsan Hakları Deklarasyonunda, insan haklarının bölünmez kimliği, gerçek demokrasinin kurulması ile korunacak azınlıklar gerçeği, normlarının bağlayıcılığı ve getirdiği koruma sisteminin etkinliği ile tanımlanan, “İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu”nun insan hakları yeni ideolojisi ve hukukunu belirleyici önemi üzerinde durulurken, insan haklarına evrensel saygıya da çağrıda bulunulmuştur. Deklarasyonca, İnsan hakları milletlerarası cihazları ile getirilen prensiplere, milli, kültürel, dini faktörler üzerinde kurulu aykırı düzenlemeler getirilemeyeceği de söylenmiştir (21).

Şimdi sorulması gereken soru, belki de şudur: “**Schengen Avnıpası mantığı**” bu “**Çağrı**” ile ne ölçüde bağdaşmaktadır? Parlamenter denetime “bypass”ın ve yargı kısıntısının hak ve hürriyetler üzerindeki etkisine getirdiği “**yabancı**” tanımı ile, **Schengen Belgeleri** klinik bir örnektir.

**J. Attali**, Yeni Avrupa'nın kendini keşfetmeye başladığı ve kendini keşfederken de Tarihi yeniden keşfettiği “1492”yi düşünürken, yeniden yazdan tarihle Avrupa'nın “**genetik kodu**” ya da “Hafıza dokusu”ndan “Yabancıların ihraç edildiğini not etmiş meeting-pot medeniyetinin de sona erdiğini yazmıştı (22). Beşyüzyıl sonra Avrupa Topululuğu bünyesinde “**Schengen Andlaşmaları**” aynı tarihi, bu sefer hukuk dili ile, yeniden yazmıştır. Avrupa Parlamentosu “İrkçilik ve Yabancı Düşmanlığı Araştırma Komitesi” bu gerçeği açıkça tespit etmiştir. Aynı gerçek Fransız Anayasa Konseyi'nin “**Transit Bölgeleri**” ile ilgili 25 Şubat 1952 tarihli kararında da okunabilir.

---

(21) “The European Community and its member States seek universal respect for human rights. Many international instruments have been elaborated in the last decades. First among which rank the Universal Declaration of Human Rights and the Covenants on civil and political rights and on economic, social and cultural rights. No specific provision based on national, cultural or religious factors can validly be invoked to detract from the principles established by these instruments. The European Council calls on all States to become a party to the international instruments in force.”

(22) Bk. J. Attali. 1492- Fayard. Paris 1992.

**Beefort** Koliokyum\*unda (Eylül 1901) Samı Hair'de sosyal, kültürel ve etnik dışındalama olaylarının bütünleştirilen Avrupa'da giderek artan öneminin altını çizmektedir (23).

Bugün, Ütopya'da siyasi iltica hakkı talep etmek istemeyen Anayasa Hukukçularının, herhalde Georges Dubby'i yeniden okumaları gerekecektir: "Mesleğimde insanlığın sadece yansı ile uğraştığımı kavramak için elli yıl geçmesi gerekti" (24). Bu tesbit, belki **Maastricht** kapılarında yaşayan anayasacılar için de geçerlidir. özellikle de parçalanmış ya da bölünmüş bir mekanda çalışan, "İnsan hakları Hukuku "uzmanlar" için.

2.2. "Güney" in adalet beklediği "**Maastricht Avrupası**" Sınırlarında sıradan bir gün. Ya da "İç düşman" dan "**Yabancı**" ya Avrupa yeni "**kolluk mekan**" kurulurken.

**Tahar Ben Jelloun**, "**Le Clandestin**" başlıklı kısa hikayesinde, "Güney" in adalet beklediği, "**Maastricht Avrupası**" sınırlarında sıradan bir günü anlatır. **Younes Ould Beni Makada** gece tekneleri adı verilen kara boyalı teknelerden biri ile, Gibraltar boğazını geçip atalannın beşyüzyıl önce fethettiği İspanya topraklarına yıldızını kaybetmiş bir "**Yabancı**" gibi ulaşmaya çalışır. Magreb' in "**Boat People**" (arından biri gibi. **Younes Ould Beni Pakada** yola çıkarken annesinin verdiği küçük **Kuran**' ı da yanına almayı unutmuştur.

Anne, Younes' in askeri bir yük örtüsüne sarıh cesedinin getirildiği solgun sabahın sonra uykusunu da yitirir. İspanyol sahil muhafaza teknelerinin sireni Güney' in kara teknesindeki Yabancılar' ı yoketmiştir. O Şubatın, ölüm belirtili gecesinde, Magreb sahillerine güçlü balıkçı teknelerinde yaklaşanlar, balık avlamak için değil ama yüzen cesetler üzerinde dans eden deniz kızlarını seyretmek için gelirler (25).

Avrupa Topluluğu, Birliğini gerçekleştirirken Doğu Avrupa ve Güneyi dışında bırakan, "**Avrupa Kalesi**" (L'Europe forteresse) tezi de, özellikle Schengen anlaşmalarından sonra, sanıklaşma ve yargılanmaya başlanmıştır (26). C. **Schmitt**' in, 1930 lu yıllarda bir hukuk

---

(23) J. Isnard. "Europe des marchands ou Europe des droits de l'homme!". Le Monde. 25 Septembre 1991.

(24) G. Duby. L'histoire continue, 6ds. O. Jacob. Paris. 1991.

(25) Tahar Ben Jelloun. "Le Clandestin". Liberation 27 Mars 1992-

(26) Bk. Projet. no. 228. 1991.

kategorisi haline soktuğu “**ıç-düşman**” kavramından (27) sonra “**ya-bancı**” da **Schengen** antlaşmaları ile “**Maastricht** Avrupa'sında bir hukuk kavramı olmuştur.

### 2.3. Avrupa'nın yeni “Duvarlar”ı: Schengen Polis mekanı ve “**Yabancı**”

14 Haziran 1985 de imzalanan Schengen Anlaşması “**Accord**” ve 19 Haziran 1990 da imzalanan Ek Schengen Sözleşmesi “**Supplementary Schengen Agreement**” ile kurulan sistemde, Avrupa Topluluğuna üye Devlet vatandaşları dışında kalan “**Yabancılar**”a (**Aliens**) karşı ortak bir polis mekanı ve güvenlik kuşağı kurulmuş, göçmen ve sığınmacı politikasının ana hatları belirlenmiştir (28).

Avrupa Parlamentosu, Schengen Ek Sözleşmesi ile ilgili 23 Kasım **1989** tarihli kararında, bu sistemin denetimsiz polis yetkilerinde genişlemeye yol açabileceği, fertlerin hukuki korunma, “**Legal protection**” savunma hakkı “**the right of defence**” ve özel hayatın korunmasına haklarını “**the right to privacy**” tehlikeye sokacağını tesbit etmiştir. Avrupa Parlamentosu, Schengen Anlaşmasını yargılarken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Şartı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine saygıyı doğrulayan Avrupa ekonomik topluluğu Antlaşması ve Tek Senet “**The European Single Act**” Başlangıçlarını ve sığınmacıların statüsü ile ilgili Konvansiyon ve Statüleri ölçü almıştır.

**Avrupa Parlementosu, Kurulmak istenen ■ Schengen Avrupası**” ile ilgili düzenlemelerin kamu oyu ve parlamento denetimi dışında tutulmak istenmesini de suçlamıştır (29). Avrupa Parlamentosu 23 Kasım 1989 tarihli kararında sanıkladığı “**Schengen Avrupası**”nı, 14 Haziran 1990 tarihli Kararında da mahkum etmiştir (30).

Topluluk Avrupasında “**Demokrasi eksikđi**”, ya da eksikliğinden (deficit democratique) anlaşması gereken önce Schengen Anlaşması ve Ek Sözleşme ile getirilen düzenlemelerin felsefesidir.

---

(27) Bk. C. Schmitt. La nation de politique. Thtorie du partisan. Calmann-Ldvy. Paris 1972.

(28) Bu konuda bk. J.E. Schutte. “Schengen; Its meaning for the free movement of persons in Europe”. CMLR ev., 1991- S. 549 vd-

“Schengen Anlaşmasını 14 Haziran 1985’de, Belçika, Hollanda, Luxembourg, Fransa ve Federal Almanya imzalamış. 1991’de İspanya ve Portekiz’de Schengen Avrupası’na katılma sözleşmelerini imzalamışlardır. Yunanistan ise Schengen sürecine “gözlemci” statüsü ile katılma talebinde bulunmuştur.

(29) Doc. B3-583/89. OJ. no C 323/98. 27.12.1989.

(30) Cf. 05. no C 175/ 172. 16.7.1990.

Avrupa Parlamentosu “İrkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Araştırma Komitesi” (European Parliament Committee of Inquiry on Racism and Xenophobia), önerilen düzenleme ve sözleşmelerin, Etnik azınlık ve göçmenlerin “**Avmpa Kalesi**” (Fortress Europe) olarak adlandırdıkları kısıtlama politikasının ötesinde, göçmen ve sığınmacılarla ilgili konuları sadece bir “Polis” olayı biçiminde değerlendirdiğini tesbit etmiştir.

Araştırma Komitesi’ne göre, göçmen ve sığınmacıların polis ve milli güvenlikle bu şekilde ilişkilendirilmesi, ırkçı düşünceleri besleyebileceği gibi, belli ırkçı davranış biçimlerinin (yabancı olanlara ya da yabancıya benzeyenlere sıradışı kimlik denetimi gibi, “Extra identity control of those who are or **look like** ‘foreigners’) meşrulaştırılmasında da kullanılabilir (31).

Bugün, hak ve hürriyetler sisteminde, klasik haklarla sosyal haklar arasında klasik dikotomi silinirken, **Schengen düzeni** yeni bir ikili getirme istidadı taşımaktadır; “Avrupa Kalesi” içindekiler ve dışındakilerin hak ve hürriyetleri.

Fransız Anayasa Konseyi’nin 25 Şubat 1992 tarihli kararı bu ayrımın bir “Kurgu-Hukuk” ayrımı olmadığını göstermiştir.

#### 2.4. Transit bölgeleri (zones de transit) Vak’ası

Fransız Anayasa Konseyi’nin 25 Şubat 1992 tarihli kararı.

Fransız Anayasa Konseyi, 25 Şubat 1992 tarihli kararında, yabancılarla ilgili **Schengen Konvansiyonu çerçevesinde** “transit bölgeleri” getiren düzenlemeyi (**Amendement Marchand**) Anayasaya aykırı bulmuştur. Yabancıların “**uluslararası bölgede**”, Roissy Arcade Otelinin bir katı gibi, tutulmasını öngören düzenlemede, tutulma süresi yirmi gündür ve bu süre İdare Mahkemesi başkanının iznini ile otuz güne kadar uzatılabilir.

Sosyalist milletvekillerinin çoğunluğunun onayı ile Meclisten geçen yasa projesini, Başbakan **E. Cresson**, sosyalist senatörlerin talebi üzerine Anayasa Konseyi’ne götürmüştür (32).

Anayasa Konseyinin, **Marchand Yasası**’nm, özellikle **1946** Anayasa Başlangıcında tanınan ve bugün de anayasal değerini koruyan sı-

---

(31) Cf. European Parliament Committee of Inquiry on Racism and Xenophobia. Report on the Findings of the Inquiry. Luxembourg. 1991. s. 129 vd.

(32) Bk. Th. Brehier. “La décision du Conseil Constitutionnel sur les “zones de transit”. Le Monde. 27 Février 1992.

ğmma hakkına uygunluğunu İnceleyen 25 Şubat 1992 tarihli kararı, Konsey jürisprüdansı çizgisinde, iki anayasal prensip üzerine kuruludur: İlk prensip, 9 Ocak 1980 de **Bonnet yasa projesinde** hatırlatılan, ferdi haklan etkileyen her prosedürde **zorunlu yargıç müdahalesi**. İkincisi, 3 Eylül 1986 tarihinde **Pasqua** projesinde de kullandığı tutmada **“makul süre”** (sa duree ne saurait exceder un delai raisonnable) prensibidir (33).

Ancak Konsey, zorunlu yargıç müdahalesi ve makul süre şartı dışında **“transit bölgeleri”** kurulmasını, sığınma hakkının (droit d’asile) ihlali saymamış ve dışardan göçe karşı uygulanan politikanın zorunlu gerekleri ile hürriyetlerin korunmasını, bir kere daha, uzlaştırmaya çalışmıştır (34).

Fransız Anayasa Konseyi, diğer anayasa mahkemeleri gibi siyasi tartışmanın dışında çalışır ama, ırkçılık ve yabancı düşmanlığın kınayan ellibin gösterici artı Konseyin dokuz **“Bilge”**si **“Politika”** yapar (35). Konsey’in **“Transit Bölgeleri”** Vak’asında verdiği kararda **“Sokak”**da vardır.

Schengen Konvansiyonu, Marchand Yasası ve Fransız Anayasa Konseyi kararından çıkartılması gereken **“moral”** belki de şudur: **Kurulmakta olan yeni Avrupa Mekanı’nda “Sokak”** eksiği, bir **“Demokrasi eksiği”**dir.

**Avrupa Parlamentosu’nun “Schengen Antlaşmaları”** ile ilgili kararında mahkum edilen, **“Parlamento denetimine bypass”** (36), Schengen Avrupası’nda **“Eksik hukuk”**lu mekanların (lieux de moindre droit) (37) kurulmasına imkan vermiştir. Kanada ve Danimarka’nın dışmda, hiç bir sistemde, yabancıların **“milletlerarası bölgeler”** de tutulmasının hukuki temeli yoktur.

Eğer bugün, bir **“Anayasal Demokrasi”**den söz edilecek ise, bu yeni demokrasinin tanımına, **“Anayasa Bilgeleri”**nin yanında Sokağı

(33) “Une telle mesure de r^tention, mime placee sous le controle du juge, ne saurait etre prolongee, sauf urgence absolue et menace de particuliere gravitd peur l’ordre public şans porter atteinte i la libertd İndividuelle garantie par la Constitution”.

(34) Bk. R. Hadas-Lebel. “Zone de transit: une censure sans surprise”. L’Espress. 19 Mars 1992.

(35) Bk. J.-Y. Lbomeau. “Les sages et la rue”. Liberation- 26 Fevrier. 1992-

(36) Cf. 03- No. 175/ 171. 16.7.1990.

(37) Transit Bölgeleri ile ilgili hukuki problemler ANAFE’nin (Association nationale d’assistance aux frontieres pour les dtrangers) düzenlediği Kollokyumda tartışılmıştır. Bk. Liberation. 14 Avril. 1992.

ve Sokağın ifadesi olan demokratik parlamentolar da sokmak gerekecektir.

### 3. Vladivostok'dan Alaska'ya Yeni Helsinki Mekanı

#### 3.1. Yeni hürriyetler Mekan'ın Anayasal profili çizilirken, Fichte usulü “Kapalı Devlet”in sonu mu ?

1975 yılında, **Helsinki Nihai Senedi'nin** imzalanması ile başlayan **Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK)** süreci, **Vaclav Havel**'in “**Helsinki Mekanı**” adını verdiği yeni bir mekanı, **Hürriyetler Mekanı** 'nı kurma sürecidir. Bu süreçte **ilk önemli dönemeç, Fukuyama**'nın “**Tarihin Sonu**” dediği (38). “**Devlet Komiinizmi'nin** sonudur. Uzlaşmaz ideolojiler çatışmasının zihinsel zorlaması altında doğan ve yaşayanlar, geleceği farklı düşünmeye başlamışlardır. Lenin'in tüm eserleri, tuvalet kağıdı bulunmadığı için 60 kopek'e alıcı bulurken, bir ikame ideoloji, Marksizm ve klasik liberalizm dışında üçüncü bir yol: “**İnsan hakları yem İdeolojisi**” şekillenmeye başlamıştır (39). Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Belgelerinde kullanılan **İnsan hakları milletlerarası “standart”ı** bu gerçeği ifade eden yeni bir dildir.

Türkiye'de Koalisyon Hükümeti Programı **bu dili politiklestirmiş** Danıştay ise, Türk İnsan Hakları Hukuku'na sokmuştur. Adalet Bakanlığının, Türk yargılama sisteminde “**Avrupa Standart!**” getiren taslağında da aynı dil kullanılmıştır. Sanığın hakları, gözaltı süreleri, yasa sorgu şekilleri bu dille yazılmıştır. İnsan hakları Vakıf ve Derneği de “**Hukukun demokratikleştirilmesi**” talebinde aynı dili kullanmaktadır.

1 Ağustos 1975 tarihli AGİK Nihai Belgesi ve İzleme toplantıları belgeleri, Avrupa ortak hukuk mekanını belirleyici, milletlerarası hukukun yumuşak yasalardır. 29 Haziran 1990 tarihli **Copenhagen Bei-**

---

(38) "TenninSs Demokrasi".Ya da son durak Liberal toplum anlayışı, eski Hegel'i temanın güncelleştirilmiş biçimidir. Bk. F. Fukuyama. La fin de l'histoire et le dernier homme. Flammarion. Paris 1991. Fukuyama- 1989 yılında The National interest dergisinde yayınlanan makalesindeki düşüncelerini bu kitapta geliştirmiştir. Ayrıca bk. “Les Elats passent. la democratic avance”. Liberation 12 Mars 1992. Hegelci temaların güncelliğini koruyan bir eleştirisi için bk. Franz Rosenveig. Hegel et l'Etat, PUF.. Paris. 1991.

(39) Ancak bu gelişme bütün “Duvar”ların yıkılması. Fichte usulü “Kapalı Devletlerin yeniden inşasının durdurulması anlamına gelmez- Bu konuda bk. A. Glucksmann. Le Onzième Commandement. Flammarion. Paris. 1991.

**g**esî fert merkezli Çoğulcu Demokrasi ve Hukuk Devleti anlayışı İle, Avrupa Demokratik Mekanı ve Avrupa ortak Hukuk Mekanına önemli bir katkıdır. 15 Ocak 1989 tarihli **Viyana Belgesinde** Viyana toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylem ve politikalarını, taraf oldukları milletlerarası andlaşmalar ve AGİK belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlar, hak ve hürriyetlerin etkin korunma ve kullanımı İçin, iç hukuklarını ve pratiklerini geliştirmeyi kabul etmişlerdir. Bunun anlamı, bundan böyle, İnsan hakları ve temel hürriyetleri ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceğidir. **Fert**, artık, coğrafi ve milli bir kavram olmayan **“Hürriyetler Mekanı”** nın Ferdi’dir. Fert’in haklarının da bu çerçevede düşünülmesi gerekir. Türkiye’de Danıştay Beşinci Dairesinin 1991 / 933 karar sayılı Kararında, bu düşüncenin açık izleri görülür. Hürriyetler Mekanı’nın yeni dili, **“Hukuk Mhliyetçiliği”nin de** sonudur.

Türkiye’de **“İkinci Cumhuriyet”** tartışmasının gündeme gelmesini hazırlayan nedenlerden biri, adı konmamış olsa da, herhalde, bu değişmelerdir.

Avrupa Güvenlik ve işbirliği sürecinde ikinci dönemeç, Kasım 1990 tarihinde 34 üye ülkenin katılımı ile toplanan Paris Zirvesi’nde imzalanan **“Yeni bir Avrupa İçin Paris Yasası”** ile alınmıştır.

**“Yeni bir Avrupa için Paris Şartı”**, önce, **AGİK** sürecini kurumsallaştıran yeni yapılar düzenlemiştir. Paris Yasası, kurumsal düzenlemeler çerçevesinde, Konsey ve Parlamenter assamblesi gibi karar alma mekanizma ya da cihazları kurarken, yerleşik demokrasiler Avrupası dışında kalan, **“Öteki Avrupa”**da demokratikleşme sürecini yönlendirebilecek bir **“Hür Seçimler Bürosu”** ve **“Hürriyetler Mekanı”**nı barklandırmak için **“Çatışma Önleme Merkezi”ni** de getirmiştir.

**“Paris Yasası”**, Vladivostok’dan Alaska’ya uzanan Helsinki ya da yeni **“Hürriyetler Mekanı”**nın, İdeolojik alt-yapı unsurlarının altını çizmiştir: Demokrasi, İnsan hakları ve Hukukun üstünlüğü ve **“Sivil Toplum”**un onsuz olmazı, **“Pazar ekonomisi”**.

3 Ekim 1991 tarihli **Moskova Belgesi** geliştirilmiş bir insan hakları listesi, özellikle de sanığın haklarını tanıırken, demokrasiyi kesintiye uğratma girişimlerini Latin Amerika anayasacılığının bilinen tekniklerini kullanarak mahkum etmekte, olağanüstü hal ya da kriz hukuku standartlarını da düzenlemektedir. Moskova Belgesi AGİK İnsani Boyut Konferansları prensiplerine uyulmasını gözetici mekanizmaların etkinleştirilmesi için gerekli düzenlemeleri de getirmiştir.

“öteki Avnıpa”nm, ya da marksıst demokrasilerin, çöken ideolojik enkazı üzerinde kurulacak yeni demokratik yapılan, anahtar teslîmli ihraç eder yeni kurumlar, Avrupa Konseyi bünyesinde kurulan “**Hukukla Demokrasi için Avrupa Komisyonu**”, ya da AGİK süreci içinde gerçekleştirilen uzmanlar toplantıları sonuç belgeleri, yeni “Hürriyetler mekanı”nm anayasal profilini de çizmektedir.

Bugün, Arnavutluk Dışışleri Bakanlığının AGİK Bakanlar Konseyi’ne yaptığı, 18 Haziran 1991 tarihli bildirimde görüldüğü gibi, bir ideolojik sistemin “Mea-Cu’pa”sına, (suç bendedirJİne tanık olunmaktadır.

Bütün bu gelişmeler, ferdin yitirilen onurunun iadesi, durdurulan tarihin yeniden başlamasıdır.

### 3.2. Helsinki’den Moskova’ya, Moskova’dan Prag’a “Avrupa Ortak Hukuk Mekanı”nı belirleyen belgeler.

1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) Nihai Belgesi ve izleme toplantıları belgeleri, “**Softlavv** de droit intemational”, milletlerarası hukuk yumuşak yasaları sayılsalar da, “**Avrupa ortak hukuk mekanı**”nı belirleyici belgelerdir (40).

Helsinki Nihai Belgesi, iki kutuplu bir mekanda, Liberal ideolojinin klasik hürriyetlerini tanımış, bunun da ötesinde taraf devletler, insan onuruna bağlı sivil, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların gerçek kullanımını sağlama, hukuki olmasa da, siyasi borcu altına girmişlerdir. Helsinki süreci ve “**Helsinki Watch Group**”ları Merkezi ve Doğu Avrupada Muhalefetin etkili cihazları olmuş ve bu mekanlarda demokratikleşme sürecinin başlatılmasında önemli rol oynamıştır (41)

29 Haziran 1990 tarihli **Copenhagen Belgesi**, fert merkezli “Plüralist Demokrasi” ve “Hukuk Devleti” anlayışı ile, **Avrupa Demokratik mekanı ve Avrupa ortak Hukuk mekanına önemli bir katkıdır Copenhagen Belgesi**’nde, Haklar Katalogunun başında yer alan dört hak ve hürriyet, ifade hürriyeti silahsız saldırısız toplantı ve gösteri düzenleme hakkı, dernek hakkı, düşünce, inanç ve din hürriyeti, üstün korumadan

(40) Cf. J.D. Vigny. “Le document de la rñunion de Copenhague de la Conf^rence sur la dimension humaine de la CSCE. Introduction et commentaires”. RUDH.. 1990. s. 305. vd.

(41) Cf. J.E. Hetgesen. “The road to the ne w Europe of human rigtits’, from Helsinki via Paris-or from Where via where?” In A. Eide., J. Helgesen. eds. The future of human rights protection in a changing World”. Horvvegian U.P. Oslo. 1991. s. 131 vd.

yararlandırılmışım Bu hak ve hürriyetlere yasalarla getirilen sınırlamaların, insan hakları konusunda genel kabul gören **milletlerarası normlarla uyumlu olması gerekir**. Ayrıca katılan devletler, olağanüstü

hal süresince, insan hakları ve temel hürriyetlerle ilgili yükümlülüklere aykırı önemlerin, **milletlerarası hukukla** getirilen sınırlar içinde kalması gerektiğini doğrulamışlardır (42).

**Copenhague Belgesi'nde** düzenlenen insan hakları **katalogunun** 2. maddesinde, insan kimliğinin üstün değeri anlayışını kurumsallaştıran **“Maddi Hukuk Devleti”** formülü getirilmiştir. Avrupa mekanında **“Hukuk”**, Devlet’den kalkarak değil, fertden kalkarak düşünülecektir.

Avrupa Konseyinin, 130’dan fazla konvansiyon, anlaşma, yüzlerce karar ve tavsiyesinin şekillendirdiği **“Avrupa demokratik mekanı”**nda fert merkezli Hukuk düşüncesi, **“öteki Avrupa”**yı da etkilemiştir (43)

15 Ocak 1989 tarihli Viyana Belgesinde, Viyana Toplantısına katılan Devletler, iç hukuklarını, eylemlerini ve politikalarını taraf oldukları milletlerarası anlaşmalar ve AGİK belgelerindeki kararlarla uyumlu hale sokma taahhüdünde bulunmuşlardır (44).

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 İçin, 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.

21 Kasım 1990 tarihli **“Yeni bir Avrupa için Paris Şartı”**da **“Avrupa ortak Hukuk Mekanı”**nın temel prensiplerini getirmiştir: **“Demokrasinin temelinde insan haklarına ve hukuk devletine saygı vardır. Demokrasi, ifade hürriyetinin, toplumun bütün kesimlerine karşı hoşgörünün ve herkese fırsat eşitliğinin en etkili teminatıdır”**. Bu düzenlemede **Strasbourg** jüriprudansının etkisi açıktır.

**Paris Şartı**, farklı nitelikteki AGİK belgelerinde gene lükle görüldüğü gibi, belli insan hakları ile ilgili düzenlemelerde getirmiştir.

(42) Bk. “Document de la reunion de Copenhague”. RUDH. 1990. s. 319 vd.

(43) Cf. A. Koller. “Le patrimoine juridique du Conseil de l’Europe: Son role dans le rapprochement avec les pays de l’Europe de l’Est”. RUDH. 1990. s. 385.

(44) H. Tretter. “La reunion de Paris sur la dimension humaine de la CSCE et les droits de l’homme dans le Document de cloture de la reunion de Vienne adopte le 15 Janvier

Şartın, mülkiyet hakkı ve özel teşebbüs hürriyetini tanıyan düzenlemesi “Everyone also has the right:... to own property alone or in associ-

ations and to exercise individual enterprise”, Helgesen’in ifadesi ile, “masumane” (innocent) bir dilde, son yıllarda Avrupa Mekanında gerçekleşen dramatik değişimleri bir kaç kelime ile ifade etmiştir (45). Paris Şartı’nın ekonomik konularla ilgili bölümlerinde, **piyasa ekonomisi prensibi** (principle of market economy), Yeni Avrupa’da yeni ekonomik yapılanmada bir köşe taşıdır (46).

Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı’nın 30 Ocak 1992’de oybirliği ile kabul ettiği “**Prague Belgesi**” Helsinki Mekanı kurumlarını güçlendirmeyi hedef almıştır (47).

“**Prague Dokümanı**”nda, “çok ciddi” vak’alarda oybirliği kuralının değiştirilmesi öngörülmüştür.

“**Prague Dokümanı**”nda, **AGİK’in**, “İnsan Haklarını, Demokrasi ve Hukuk Devletini barışçı vasıtalarla teminat altına alma yeteneğini genişletmek için”, “AGİK yükümlülüklerinin açık, ciddi ve sürekli ihlali durumunda, gerektiğinde taraf devletin onayı olmaksızın, uygun önlemlerin alınması” prensibi de düşünülmüştür.

Pan-Avrupa, ya da “**Helsinki Mekanı**”, uzlaşmasız ideolojiler çatışmasının sonudur ama, unutmamak gerekir ki, “**Demokrasi**”, farklı seçenekler ya da ideolojik tercihlerin barklandırılmış mücadelesidir. Yeni “Dıvar”lar ve ideolojilerin sonu, “Demokrasi”nin de sonu olur.

Anayasa Hukuku’nun “**Ulus-Devlet**”, mekanı değişirken düşünülmesi gereken ilk sorun da budur.

---

(45) J.E. Helgesen. “The road to the new Europe...”. op. cit.. s. 136.

(46) Not etmek gerekir ki. Avrupa Mahkemesi kararlarında “Anayasa, siyasi organizasyonunda demokratik, ekonomik organizasyonun da ise sosyal-kapitalisttir, insan hakları Avrupa Mahkemesi, mülkiyet hakkına getirilen kayıtlamalarda, “kamu yararı”nı geniş yorumlamakta, kamu yararı içine sosyal adalet politikasını da sokmaktadır. Mahkemenin bu jürisprüdansiye politikası. Kıta Avrupası anayasa mahkemelerini de etkilemeye başlamıştır. Fransız Anayasa Konseyi, 1982 de kurduğu içtihadından geri dönerek. 28 Temmuz 1989 tarihli karar ile, Anayasa Başlangıcını “mülkiyet hakkında görülen gelişmeler”e göre yemden yorumlamıştır.

(47) Bk. Le Monde. 1 Fövrier 1992.

## BÖLÜM DÖRT

### MİLLETLERARASI İÇTİHADİ ANAYASA HUKUKU KURULURKEN.

#### “MİLLETLERARASI NORM’A AÇILMA VE KABUL YAPILARI

Yeni “**Anayasa Yargıçları’nın** birbirini tamamlayan ve aynı yöne yönelen kararları ile (1) temsili kurumlanıl açık iradesi dışında, bir “**Milletlerarası İctihadi Anayasa Hukuku**” kurulurken, “**Milletlerarası Anayasa’nın Yargıçları**”, **Mihajlo Mihajlov’un** söyleyişi ile çoğraimilli bir kavram olmayan “**Hürriyetler Mekanı’nın** Yargıçları olma istidadı göstermektedir. Son “**nostaljik**” hukukçuların görmekte zorluk çektiği Hürriyetler Hukuku’nda iki mekan teorisinin -Milletlerarası ya da Milliüstü mekan ve milli mekan- sonu. Kuhn’un “**Bilimsel ihtilallerin yapısı**” başlıklı çalışmasında (2) kullandığı anlamda, klasik insan hakları Hukuku’nun krizidir ve bu kriz, teorik ve kavramsal cihazlar bütünü olarak, insan hakları hukuku paradigmalannın içine düştüğü çözümsüzlüğün sonucudur.

Kurulmakta olan “**Milletlerarası ya da milliüstü Anayasa Hukuku**” nun (3) ilk problemi, Anayasalarda, “Milletlerarası norm”u **kabul** yapıları olmuştur. Özellikle de İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu Hukuku ve Topluluk Hukuku normlarını kabul yapıları (4).

---

(1) Avrupa Mahkemesi jürisprüdansı ile milli anayasal jürisprüdanslar arasında etkileşimin iki planda gerçekleştiği söylenebilir: Yargıçların kullandığı metod ve temel kavramlar planında ve Konvansiyon ve protokollerin yorum ve uygulanması planında. Ferdi başvuru hakkının tanınması. Avrupa Mahkemesinde mahkum olan bir düzenlemenin, plüralist demokrasilede Media’lar aracılığı ile duyurulması ertesinde, benzer konularda çok sayıda başvuruyu tahrik ederek birleştirici bir güç kazanır ve bağıtlı devletleri “insan hakları avrupa kamu düzeni”ne yaklaştırır, insan hakları Avrupa jürisprüdanseyel hukukunun iç hukukları şekillendirici etkisinin belirleyici faktörlerinden biri de budur.

insan hakları Avrupa Konvansiyonu’nun, Kit’a Avrupası Anayasa mahkemelerince “Anayasallık Bloku” içine sokulması, Avrupa Mahkemesi jürisprüdansının milli Anayasal jürisprüdanslar üzerinde etkisini arttırıcı bir faktördür.

(2) Bk. Kuhn. La structure des revolutions scientifiques. Flammarion. Paris 1972.

(3) “Milletlerarası Anayasa Hukuku” konusunda bk. B. Çağlar. Milletlerarası Anayasa Hukuku kurulurken Anayasa yazmak”. Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesinin Mayıs 1991 tarihinde düzenlediği "Anayasa Forumu"na sunulan tebliğ (çoğaltma).

(4) Bu konuda bk. R. Abraham. Droit International, droit communautaire et droit français. Hachette. Paris. 1989. s. 191 vd.

**F. Ermacora'nın** not ettiği gibi, bir **“Hürriyetler Mekanı”**nın kurulmasında, **Anayasaların milletlerarası normları kabul yapılarının uyuşur dununa getirilmesi önemli bir sorundur** (5).

Bu problemin, özellikle, demokratikleşme sürecine giren **“öteki Avrupa”**da kritik bir önemi vardır (6).

**“Milletlerarası Anayasa Hukuku'nun** üzerinde yeterince durulmayan ikinci problemi: **çetihadi Anayasa Hukuklarında kurulmakta olan “Milletlerarası norm”u kabul yapılandır.** Oysa, Hürriyetler yeni mekanım kuran önce bu yapılarıdır.

**İtalyan Anayasa Mahkemesi,** 18 Ocak 1990 tarih ve 64 sayılı kararında, Topluluk Hukuku'nun önceliği prensibini, İtalyan Anayasası'nın getirdiği, Yasama İktidarının tek doğrudan kullanılma biçimi, yasanları yürürlükten kaldırıcı referandumlar karşısında da tanımıştır (7).

Topluluk Mahkemesinin, Lordlar Kamarasının başvurusu üzerine verdiği 19 Haziran 1990 tarihli karar, milli mahkemelerin Topluluk Hukuku karşısında tavrını belirleyici bir karardır. **Simmenthal'ın** (aff. 106 / 77) gölgesinde verilen bu kararla Britanya yargı yerleri, Topluluk Hukukunun üstünlüğünü koruma adına, bir yasanın ya da **“Taç”**ın bir kararının uygulanmasını durdurma zorunda kalacaklardır (8).

Fransa'da, Conseil d'Etat (C.E.) nm 17 Mayıs 1991 tarihli **“Quintin”** kararında, Kanun sözcüsü **R. Abramam'm** **“conclusion”**lan (savları), **“Milletlerarası norm”**a açılmanın idari içtihat'da gerçekleştirdiği **Hukuk ihtilali'nin** kısa özetidir. **R. Abraham düzenleyici otorite'nin** (autorite reglementaire) **yetkisini kullanırken milletlerarası normlara** (davada, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'na ek Birinci Protokol'ün birinci maddesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 23 Eylül 1982 tarihli **Sporrong** kararı) **ve anayasal prensiplerle bağlı olduğunu not etmiştir.**

C.E.'nin, milletlerarası norm'a bağlılıkta **“Yasama perdesi”** ya da ekranı teorisinin (la theorie de la loi-ecran) kullanılamaz hale sokan

- (5) Cf. F. Ennacora. “The problem of the incorporation of written international law into the legal order of European States as a problem of harmoni sat i on”. Oslo CSCE Seminar 1991-
- (6) Cf. D. Gemlen. “The impiementation of international Humarı right Law in Eastern and Central Europe”. Conseil de 14. Europe. Strasbourg 1991.
- (7) Karar için bk. Rev. trim de dr. Europ. 1991. s. 294 vd.
- (8) Cf. J. Dutheil de laRochire. “Application du droit communautaire par lesjuridictions britanniques (1989-1990)”. Rev. trim. dr. Europ. 1991. 239 vd.

ilk karar. 20 Ekim 1989 tarihli **NİCOLO** kararıdır. İdari işlemlerin anayasal prensiplere uygunluğunun denetlenmesini hazırlayan ve doktrinde “**Saydam-ekran**” teorisinin kurucusu sayılan karar ise, 19 Kasım 1986 tarihli **Societe Smanor Vak’asıdır**. “**Societe Smanor**” karar ve “**Saydam-ekran**” (ecran transparent) teorisi İdare’nin yargıcını Anayasa yargıcı, **Nicolo** karar da “**Hürriyetler Mekanf’nın** yargıcı yapmıştır (9).

Türkiye’de ise, Conseil d’Etat’nın Fransada gerçekleştirdiği “**Hukuk İhtilali**”nin benzerini Danıştay başlatmıştır. Bu “**Sessiz İhtilal**”, idari yargıda, düzenleyici otorite’nin milletlerarası normlar ve anayasal prensiplerle bağlılığı anlayışını getirmiştir.

Fransa’da. “**Hukuki Milliyetçiliğin**” son siperi Conseil d’Etat da yaşanan “**Perestroika**”, Türkiye’de, 1982 Anayasasının milletlerarası normu kabul yapılarının “archaique”liğine rağmen, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi içtihadlarında görülen değişme, “**milletlerarası norm**”a açılma sürecinin klinik vak’alandır,

### 1. İç Hukuk’ım tartışılmaz üstünlüğü dönemi kapanırken bir içtihadı teorisinin çöküşü ve hukuki milliyetçiliğin önceden ilan edilen ölümü.

İçtihadtan dönüşlerinde Conseil d’Etat, **J.F. Touchard**’ın not ettiği gibi, empresyonist ressamlar tekniğini kullanır; İçtihadtan dönüşlerde bir dizi hazırlayıcı-kurucu karar vardır (10).

C.E. içtihadında “**Milletlerarası nonn**”a açıklığı hazırlayan iki kurucu karardan ilki, 20 Ekim 1989 tarihli “**Nicolo**”, İkincisi **29** Haziran 1990 tarihli “**GİSTİ**” kararlarıdır.

#### 1.1. Bir içtihadı teorisinin çöküşü: **NİCOLO KARARI** ve sonrası: **Belge cem ve Mme Babas kararları**.

C.E. 20 Ekim 1989 tarihli **NİCOLO** Kararı (11) ile içtihadından dönerek önceki ya da **sonraki** yasanın bir andlaşma, ya da milletlerara-

(9) Conseil d’Etat’nın 17 Mayıs 1991 tarihli kararı ve kanun sözcüsü R. Abraham “conclusion”ları için bk. RDP. 1991. s. 1429 vd. Societe Smanor kararı için bk. Lebon. s. 260. İdari işlemlerin yasa-üstü normlara (anayasal ya da milletlerarası normlar) uygunluğunun denetlenmesi ve saydam-ekran teorisi konusunda bk. M. Azlbert, M. de Boisdeffre. chron. A.J.D.A. 1986. s. 681 vd.

(10) Bk. J.F. Touchard. “A propos de l’arret Nicolo”. RDP., 1990. s. 801 vd.

(11) Kanun sözcüsü Frydman’ın “conclusion”ları ve Nicolo Kararı için bk. RGDİP., 1989. s. 1041 vd.

si norma aykırılığı halinde milletlerarası normun uygulanmasına karar vermiş, klasik “**Yasama-perdesi**”ni kaldırmak, yasaların milletlerarası hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemiştir (12).

**E. Negrier**’nin bir “içtihadî teorinin çöküşü” dediği kararında **C.E.**, yasama perdesini kaldırırken **hürriyetler mekanını** da değiştirmiştir (13)

Avrupa Parlamentosu’na temsilci seçimi ile ilgili **NÎCOLO** Kararında **C.E.**’nin kurduğu hukukî yapı, Cour de Cassation’un 24 Mayıs 1975 tarihli “**Administration des Douanes e. Societe Cafe Jacques Babre**” (14) kararında kullandığı tezden farklıdır.

Cour de Cassation kararında, Topluluk Mahkemesi içtihadını, özellikle de Topluluk Hukuku’nun üstünlüğü tezini kuran 15 Temmuz 1964 tarihli **Costa c. Enel** kararını kullanırken, **C.E.** Anayasa’nın 55. maddesini yeniden okuyarak kararının etkisini genişletmiştir (15). Bunun anlamı içtihadın sadece topluluk normuna değil ama milletlerarası norma açılmasıdır (16). **ç Hukukun tartışılmaz üstünlüğü dönemi kapanmıştır.**

**C.E.**, 19 Nisan 1991 tarihli iki kararı, **Belgacem ve Mme Babas** da (17), yabancıları sınır dışı etme İşlemlerinin hukukilik denetiminde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Strasbourg organları içtihadını, Kanun Sözcüsü **R. Abraham**’ın “conclusion”ları çerçevesinde, **ölçü-norm** olarak kullanmıştır.

8. madde ile ilgili davalarda, İnsan Hakları Avrupa Komisyon ve Mahkemesi, kuralın uygulanma alanı ve metodlarını belirlemiş, özellikle de “**Oranlık Denetimi**”ni (Controle de proportionnalite) operasyonelleştirmiştir (18).

(12) Cf. L. Dubouls. “L’arret Nicolo et l’interpretation de la regle internationale et communautaire dans l’ordre juridique français”. RFDA., 1989. S. 1000 vd.; B. Genevois. RFDA. 1989. C.E.’nin Nicolo ve GiSTt ihtihadı çizgisinde yeni bir kararı (12 Nisan 1991-Abbad) İçin bk. RFDA. 1991. s. 667 vd.

(13) E. Njgrier. “Le crepuscule d’une th^orie jurisprudentielle; L’fcran legislatif et les droits communautaire et constitutionnel”. RFDA., 1990. s. 767 vd.

(14) D. 1975. s. 497. Conclusion Touffait.

(15) Cf. Toochar. “A propos de l’arret Nicolo”, op. cit-, s. 802 vd.

(16) Cf. L. Favoreu. “L’Interprtation de l’article 55 de la Constitution”. RFDA. 1989. s. 994 vd.

(17) D. 1991. Jurisp. 399. note X. Pretot.

(18) Cf.G. Cohen-Jonathan. La Convention europeenne des droits de l’homme. Economica. Paris 1989. s. 359 vd. Mahkemenin bu konuda verdiği kararlar için ayrıca bk. Doima Gentüen, Judgements of the European Court of Human Rights. Norwegian Institute of Hutnan Rights. Oslo. 1991.

Mahkemenin bu iki önemli karar, kısa bir süre önce, 25 Temmuz 1980 tarihli **“Touami ben Abdeslem”** Vak’asında kullandığı içtihatdan açık dönüş, **X. Pretot’nun** ifadesi ile, birkaç yıldır idari içtihadın **“milletlerarası norm”**a açıklığının tipik örnekleridir (19).

1.2. “Hukuki milliyetçiliğin önceden ilan edilen ölümü:

GİSTİ KARARI: **“Adil Yargılanma Hakkı”** nasıl ihlal edilir?

C.E. nm **“Milletlerarası norm’a açıklık”** sürecinde içtihadından döndüğü ikinci karar, 29 Haziran 1990 tarihli **“GİSTİ”** Karardır (C.E. Assemblee, 29 Haziran 1990, **Groupement d’information et de soutien des travailleurs -mmigres-G.I.S.T.İ.**) (20).

Bu kararla Mahkeme, 1823 Terde, fonksiyonlar ayrılığı adına kurulan içtihadından (**Dame Veuve Murat**) dönmüş, milletlerarası anlaşmaların uygulanmasında, **idari yorum** karşısında **kazai yorum’un** üstünlüğünü kurmuştur.

**Conseil d’Etat’ın** bu kararını hazırlayan Hukuk ikliminin kurucusurlarından biri, Fransız Anayasa Konseyi’nin (Conseil Constitutionnel -CC) Yasama, Yürütme ve idari otoritelere karşı, **Yargı’nın bağımsızlığını** tescil eden 11 Ocak 1990 tarihli karardır (21).

Yasakoyucu iradesinin milletlerarası konvansiyona uygunluğunu denetleyen Yargıç, bu denetimi konvansiyonun idari yorumu üzerine değil, ama, **özerk yorumu** üzerine kurmak durumundadır, GİSTİ Kararı’nın **mantığı** da budur.

GİSTİ Kararında C.E., yorumlama-uygulama işlemleri arasında klasik ayrımı kaldırırken, iç ve dış hukuk kaynakları karşısında farklı tavrına da son vermiştir (22).

Kısaca, GİSTİ Kararı, C.E. nm **“Hukuki milliyetçiliği”ni** (Nationalisme juridique) açıklayan güçlü nedenlerin birini de yok etmiştir (23).

---

(19) X. Pretot. op. cit.

(20) Karar ve Kanun sözcüsü R. Abraham’ın savları için bk. RGDtP., 1990. s. 879 vd.; “Note jurisprudence”. F. Sabiani. RDP., 1990. s. 1579 vd.

(21) C.C., C.E.’nin bağımsızlığını. “Cumhuriyet yasalarının tanınan temel bir prensip” saymıştır. Ek. 22 Temmuz 1980 ve 23 Temmuz 1987 tarihli kararlar.

(22) Cf. M.F. Buffer-Tchakakıff. “L’interprétation des traités internationaux par le Conseil d’Etat”. RGDtP., 1991- s. 169 vd.

(23) Cf. J. Bohilouis. “A propos de l’arrêt Nicolo”, RGDtP., 1991. s- 90 vd.

Kanun Sözcüsü **R. Abraham**, yargıda milletlerarası andlaşmaların yeni yeri ve giderek artan öneminin sonucu sayılan bu içtihat değışikliğini savunurken, en güçlü kanıtı, tnsan Haklan Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bulmuş, **idareyi sadece taraf değil ama “Yargıç”da yapan milletlerarası andlaşmaların idari yorumunu, Adil yargılanma hakkı'nın ihlali saymıştır (24).**

I. 3. “Kızıl Tugaylar” eski militanı **“Ragusi”** karar:

“Avrupa anayasası”nda **“etkili yargısal denetim”** sorunu.

**J. F. Flauss'un**, “Önceden İlan edilen bir ölüm” dediği ve **“adil yargılanma hakkı”nm**, (droit à un procès équitable) geniş yorumunu kuran C. E.'nin GİSTt Kararı, İnsan hakları Avrupa Mahkemesinin 24 Ekim 1989 tarihli **“H. c. France”** kararına bir cevaptır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu kararında, idari yargı yerlerinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin m. 6 & l'de tanınan hakkın kullanılmasını sağlama yükümlülüğünü kesinlemiştir (25).

Muhakeme hukuku, özellikle de Ceza Muhakemesi Hukuku ve sanığın hukuki durumu ya da hakları, Hukuk yapılarında Devlet anlayışının duyarlı sismografisidir.

Topluluk Mahkemesi, Topluluk sözleşmeleri ve “derive” işlemlerden doğan **“sübjektif hakların”** (26) korunmasında etkili yargısal denetim prensibi (Principle of effective judicial control) ya da etkili yargısal denetime hak'a Özel bir önem tanımıştır.

Topluluk Mahkemesi'nin 15 Mayıs 1986 tarihli **Johnston** Kararında (27) kesin kararlar için tanıdığı etkili yargı yolu'na hak **“droit à un recours juridictionnel effectif** “Topluluk hukuku”nun genel bir prensibidir (28).

Topluluk Mahkemesi, Johnston Kararında tanıdığı Topluluk hukukunun bu genel prensibinin, 15 Ekim 1987 Heylens ve 19 Haziran 1990 tarihli kararlarında etkili yargısal denetim kurallarını getirmiştir.

(24) Bk. Monde, 7 Temmuz 1990; RGDİP., 1990, s. 879 vd.

(25) Karar ve sonucunun kısa özeti için bk. D. Gomlen. Judgments of the European Court of Human Rights. op. cit., s. 33,

(26) Sübjektif haklar konusunda bk. İR. GuastinJ. “R6flexion sur les garanties des droits constitutionnels et la thiorie de l'interpretation”. RDP., 1991 s- 1079 vd.

(27) Bu konuda bk. N. Çanıçoğlu, İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa topluluk Hukukunda Temel hak ve hüriyetler üzerine, doktora tezi. İstanbul 1991. s. 215 vd.

(28) Cf. L. Dubouis. “A propos de deux principes gdniraux du droit communautaire”. RFDA., 1988. s. 691 vd.

Topluluk Mahkemesi bu ve benzeri kararları ile, Kanun sözcüsü **Mancini'nin** not ettiği gibi, “Yazılmamış bir Haklar Beyannamesini Topluluk Hukuku’nda okumakla, bir Avrupa Anayasasının gelişmesinde belirleyici katkıda bulunmuştur” (29)

C.E/nın, 24 Ekim 1990 tarihli, “**Kızıl Tugaylar**” eski militanı “**RAGUSİ**” kararında, kanun sözcüsü **R. Abraham**, Topluluk Mahkemesi’nin adı geçen kararlarına yollama yaparak, Yargıcın, minimum, normal ya da maksimum denetimi sorununun artık bir iç hukuk sorunu olmadığı sonucuna varmıştır (30). Bu sorun önce “**Avrupa Anayasası**”nın sorunudur.

Sonuçta şu söylenebilir: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin 1975’li yıllardan başlayarak “**Hukuk üstünlüğünün temel prensibi**” saydığı “**Adil yargılanma hakkı**” (droit à un procès équitable), Topluluk Mahkemesi’nin **Johnston Kararı** ve sonrası, Fransız Devlet Şurası’nın GİSTİ ve RAGUSİ kararları, Avrupa Demokratik Hukuk Mekarı’nda Devlet anlayışını yenilemiştir. Ve eklemek gerekir ki, bu yenilenme, yerleşik Avrupa Demokrasileri ya da Birinci Avrupa ile sınırlı değildir (31). Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı belgeleri, ya da milletlerarası hukukun yumuşak yasaları, “**öteki Avrupalılar**”a bu yenilenmeyi taşımıştır (32).

Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı (AGİK) insani boyutu çerçevesinde, Haziran 1990 “**Copenhague Nihai Belgesi**”nde tanınan ve 21 Kasım 1990 tarihli “**Yeni bir Avrupa için Paris Şartı**” (Charte de Paris pour une nouvelle Europe) ile teyid edilen ceza hukuku ile ilgili prensipler yanında, Hukuk Devleti, demokrasi, temel hak ve hürriyetler, demokratik kurumlar ve azınlıklarla ilgili normlar Avrupa bütün mekanının (espace pan-européen) yeni yapısını şekillendirmiştir. **Vac-lav Havei’in** söyleyişi ile “... **a new pan-European structure (with) some**

---

(29) Bk. J. Temple Lang. “The development of European Community Constitutional Law”. The International Lawyer. 1991. f. 455 vd.

(30) R. Abraham’ın “Conclusion”ları ve Mahkeme kararları için bk. Rev. trim. dr. europ., 1991. s. 301 vd.

(31) Türk Anayasa Mahkemesi’ne göre de yargı yolundan anlaşılması gereken, “etkili yargısal denetim” dir.; B1. Anayasa Mahkemesinin 1991/33 karar sayılı Kararı. 7 Şubat 1992 t. ve 21135 S.R.G.

(32) Cf. Régis de Gouttes. “Variations sur l’espace judiciaire pénal européen”. D. 1990. Chron. 245. İD., “Vers un espace judiciaire pénal pan-européen”. D. Chron. 1991. 154.

## Connection ffitb that part of the globe we might label the Helsinki part, stretching westward from Vladivostok ali the tfay to Alaska”.

Vladivostok’dan Alaska’ya kurulmak istenen yeni Hürriyetler mekanı ve bu mekanın yargıçları, XX. Yüzyıl sonunda hızlanan tarihin, hukukçuların gündemine getirdiği önemli bir sorun, Tarihin tanıdığı olmak isteyen hukukçuların ve fertlerin sorunudur... Ve bu sorunun farkında olmadan, plüralist bir Düm ada ferdin haklarının evrenselliğini düşünmek de mümkün değildir.

### 1.4. İç Hukuk’un tartışılmaz üstünlüğü tezinde sonun başlangıcı ya da “Hukuk Düşüncesi” değişirken.

Fransız Devlet Şurası’nın yeni kararları birlikte okunur İse, Mahkemenin hergün biraz daha fazla milletlerarası ve Topluluk normlarına yollama yaptığı görülür (33).

C.C., yasaların Anayasa’ya uygunluğunu denetlerken, C.E., bu yasaları ihmal etme ya da milletlerarası ve Topluluk normlarına uygun yorumunu yapma hakkını saklı tutmaktadır.

Bu uygulamalar bir içtihatlar çatışmasını mı getirecektir ?. Bu sorunun verilebilir cevaplarından biri, Fransız Anayasa Konseyi’nin 28 Temmuz 1989 ve 22 Ocak 1990 tarihli kararlarıdır.

Anayasa Konseyi, 22 Ocak 1990 tarihli kararında, Yasa Koyucu’ ya, Fransanın taraf olduğu andlaşma ve bağitlara ve anayasal değerde temel hak ve hürriyetlere uygun davranma yükümlülüğü getirirken, 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Savunma hakkı’na saygı prensibini, **Strasbourg Mabkemesi’nin** kullandığı kavramlarla tanımlamıştır (34). Anayasa Konseyi’nin bu kararı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini **Anayasallık Bloku’na** (Bloc de constitutionnalitS) dahil etme istidadi taşıyan bir karardır.

Kısaca, Fransız Devlet Şurası ve Anayasa Konseyi yargıçları, önce, kurulmakta olan “**Hürriyetler Mekanı**” nın yargıçlarıdır. Ama, aynı mekanda yaşama, her zaman, bir birlikte yaşarlık problemini de beraberinde getirir.

(33) Bk. D. Jurisp. 1991. 399 note Pretot.

(34) Cf. D. Fousseau. “Vers un ordre juridictionnel europden des droits et libertes?. L’integration de la Convention Europdenne des droits de l’Homme au bloc de constitutionnaliti”. in D. Rousseau. F. Sudre. 6ds., Droits et libertds en Europe. STH., Paris 1990. s. 117 vd.

## 2. İctihadı Anayasa Hukuku'nda “milletlerarası norm”u kabul yapıları: Türk Anayasa Mahkemesi ve Danıştay

### 2.1. Düzenleyici otorite ve “milletlerarası normlar”;

Hak ve hürriyetler sadece bir iç-hukuk sorunu mu?

Kurulmakta olan “Hürriyetler Mekanı”nın yargıçları, Türk hukuk sistemi için bir çeşit “**exotisme**”, yabancılık mıdır? Bu sorunun cevabını verebilmek için, özellikle, iki Danıştay kararını birlikte okumak gerekecektir: Danıştay İctihadı Birleştirme Kurulunun 1989/4 ve Danıştay Beşinci Dairenin 1991 / 933 karar sayılı kararları,

Danıştay, 1989 / 4 karar sayılı kararında (35), Yasalarda yer alan kuralların toplumsal gelişmeye ve **üst hukuk kurallarına** uygun olarak yorumlanması gerekir. Bu nedenle, ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında yürürlüğe giren (12 Eylül Hukuku) yasalarının anlamını **amaçsa! bir yorumla** ve Türkiye'nin taraf olduğu İhsan hakları ile ilgili milletlerarası sözleşmeler ve anayasa İlkeleri gözönünde bulundurularak belirlemek gerekir sonucuna varmıştır.

Anayasa doktrini ise, bu sessiz “**Hukuk İhtilali**”ni başlatan karar karşısında, nedeni bilinmez ya da bilinir bir suskunluk içinde kalmıştır (36).

Danıştay Beşinci Dairesi ise, 1991 /933 karar sayılı kararında; “Dava konusu işlem... düşünce açıklaması nedeniyle tesis edilmiş olduğu için ... konunun, düşünce açıklama özgürlüğünü ilgilendiren boyutu(nu) gözönünde tutarak, uyuşmazlığın insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk kuralları ve Anayasa açısından da (incelenmesini) gerekli” görmüştür.

Mahkemeye göre, Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden **andlaşmaların üstünlüğü** ilkesini benimsemiş olmaktadır. Sözleşmeler, iç hukukta yasalarüstü bir konumdadır ve Yürütme ve Yargı organları için bağlayıcı nitelik taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi’de İnsan hakları Avrupa Sözleşmesinin “**anayasal değer**” taşıdığı kabul etmiştir.

(35) Bk. 9 Şubat 1990 T. ve 20428 S- RG.

(36) Bu konuda ayrı bir Vak’a için bk. M. Güttday. “7.12.1989 T. ve E. 1988 / 6. K. 1989/4 S. Danıştay İctihadı Birleştirme kararı üzerine bir Alman hukukçusunun görüşleri”.

Danıştay Beşinci Dairesi, milletlerarası hukukun **yumuşak yasaları**, Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Konferansı Belgeleri'ne de yollama yaparak, "Bundan böyle, insan hakları ve temel hürriyetler ile ilgili hiçbir şeyin sadece bir iç hukuk sorunu olarak görülemeyeceği" sonucuna varmıştır.

Mahkemeye göre "... **adı geçen**"in, demokratik bir toplumun bireyi olarak uluslararası sözleşmelerde kendisine tanınan hakkı kullandığı dolayısı ile bu eyleminin dava konusu işleme hukuki sebep oluşturamayacağı açıktır" (37).

Kısaca, demokratik bir toplumun ferdi olarak, milletlerarası normlarla kendisine tanınan Hakkı kullanan ferdi davalarda **adı geçmemelidir**.

## 2.2. "Milletlerarası norm'a açıklık" sürecinde Türk Anayasa Mahkemesi. İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nden Paris Şartı'na.

Milletlerarası norm'un, Türk anayasal sisteminde normatif devreler şebekesi içindeki yeri, doktrinde tartışma konusu olmuştur (38). Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararlarını okurken, İnsan Hakları Avrupa sözleşmesine, Mahkeme jürisprüdanstmda, "**anayasal değer**" tanındığı sonucuna varmıştır.

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

Mahkeme bu kararı ile, milletlerarası normlarda, klasik haklarla sosyal haklar arasında silinmekte olan ikiliği, içtihatı anayasa hukukunda da tartışma konusu yapmıştır. Mahkemeye göre, "İnsan artık yalnızca yaşama hürriyetine sahip olmakla kalmayarak, aynı zamanda,

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

(38) Bu konuda bk. T. Akıllıoğlu. "Uluslararası insan hakları kurallarının İç hukukta yeri ve değeri". İHMD. 1991. C.T., S. 2-3. s. 39 vd.

V. Altuğ. "insan haklarının uluslararası korunması ve TBMM" Sempozyumu'na (Antalya 1991) verdiği tebliğde. Anayasa Mahkemesi 1977 / 4 karar sayılı Kararında "İnsan hakları Avrupa Sözleşmesi'nin değiştirilmez bir anayasa ilkesi olduğunu vurgulamıştır" tezini getirmekle ve "hiçbir kanunun Sözleşmeye aykırı olmayacağı, olanların da iptal edileceği "kesin sonucuna varmaktadır. Altuğ'a göre- Türk hukuk düzeninde "Anayasaya aykırılık gibi. İnsan haklarına aykırılık kavramı da vardır".

**insan haysiyetine** yaraşır yaşama şartlarını da bir hak olarak isteyebilmektedir” (39).

Anayasa Mahkemesi, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile “yükümlülükler altına girdiği”ni tesbit ettikten sonra, İnsan hak ve hürriyetlerinin sadece milli anayasaların konusu değil, ama, milletlerarası hukukun kurucu unsuru olduğunu belirtmiş ve insan hakları ile ilgili milletlerarası normları da anayasallık denetiminde **“ölçü normlar bloku”** içine sokmuştur (40).

Anayasa Mahkemesi, Türkiye Birleşik Komünist Partisi Vak'asında da, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anayasa hukukunun yumuşak yarasını, **“Yeni bir Avrupa için Paris Yasası”**m, siyasi partilerin anayasal düzeni teorisi içine sokmuştur (41).

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

## GEÇİCİ SONUÇ

**“Ulus-Devlet** mekanh Anayasa Hukuku'ndan Milletlerarası ya da Millüstü Anayasa Hukukuna geçerken, Anayasa teorisinde **“Hegelci profil”** silinmekte, milli egemenlik kavramı da tartışma konusu olmaktadır. Bugün **“Duale Anayasa”** projelerini şekillendiren de bu gerçektir.

İnsan hakları ile ilgili milletlerarası normatif metinlerin birlikte okunması, hukuka talebi kurumsallaştıran yeni demokrasi anlayışının milletlerarası kamu düzeni sayılabileceğini gösterir. Ve bu düzende, Orta Çağ'ın **“Soylu-Soysuz”**, Burjuva iktidallerinin **“Yöneten-Yönetilen”** ayırımından sonra. Politikaya ve bu yolla onuruna sahip çıkan **“Fert”** anlayışının etkili olduğu söylenebilir. Ancak bu değişme, ferdi, kitle içinde yok eden bütünleştirme ya da **“Duvar”** politikalarının sonu anlamına gelmez. Açık toplum üzerinde Kapalı toplum tehlikesi, bugün de vardır.

---

(39) Anayasal teminatdan yararlanması gereken sosyal hakların “Sert-Çekirdeği” konusunda bk. G. Malinveni. “La mise en oeuvre des droits sociatux”. Demokratik Kurumlar AGİK Seminerine sunulan tebliğ. Oslo- 1991.

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

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

Uzlaşmaz ideolojiler çatışmasının zihinsel zorlaması altında doğan ve yaşayanlar, geleceği farklı düşünmeye başlamışlardır ama bu, “**Tarihin Sonu**” ya da ideolojilerin sonu demek değildir. Devam eden tarihin şekillendirdiği yeni mekanlarda, İnsan hakları hukuku’na demokratik talep, ferdin “**Duvar**” politikalarına karşı sahip olduğu, belki de en etkili cihazdır. “Maastricht Avrupası sınırlarında sıradan bir gün” ün yeniden yaşanmaması da buna bağlıdır.