

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

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR (*)

Prolog. Bir

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

Ya da çelişkiler nasıl yaşanır.

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

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

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

Prolog. İki.

"Yeni Hukuk" nasıl kavranır: Hukuk*^{1 2 3} un saf teorisinden "Sosyolojik Pozitivizm"e.

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

(*) İstanbul Üniversitesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi

- (1) E. Renan, Qu'est-ce qu'une nation? Presses Pocket, Paris 1992 (reed.); -İD., Vie de Jesus, Arlea Paris 1992.
- (2) Cf. Les 80 livres de Fannie, Liberation, 1992, s. 58-59.
- (3) Bu konuda bk. G. Lebreton, "Ya-t-il un progres du droit?", D., 1991, C. 99.

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

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

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

BAŞLARKEN "ANAYASAL DEMOKRASİ".

KONUNUN İŞARET ŞAMANDIRALARI.

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

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

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

(4) Toplum Mahkemesi'nin kullandığı "**yorum yöntemleri**" inlen biri, Karşılaştırmalı Hukuk ya da "Üye **Devletler Hukuklarına Ortak Prensipler**"e başvurma, bu anlayış çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu konuda özellikle bk. Mahkemenin 18 Mayıs 1982 tarihli, **Europe Limited** c/Commission des Communautés (Rec. CJCE, S. 1605) kararı ve 15 Mayıs 1986 tarihli Johnston karar 41 (Rec CJCE., s. 1663).

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

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

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

Sonu

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

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

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

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

-
- (5) Bk. D. Turpin, "Representation et democratic", Droits, 6, 1987 s.82 vd. Bu konuda ayrıca bk. H. Barthelemy, P. Duez. Traite de droit Constitutionnel, 1933 (reed. Economica), Paris 1985, s.76 vd.
- (6) Bk C.C. 15 Janvier 1975 AJDA, 1975, note J. Rivero, s. 134 vd.
- (7) Folklorik düşünce tarzı, Türk intelligentsiasının Çocukluk hastalıklarından biridir ve Türkiye'de "II. Cumhuriyet Tartışması"nın da bu çerçevede değerlendirmek gerekir.
- (8) Bk. J.-M- Salmon. Hotel de l'Avenir, Presses d'aujourd'hui, Paris 1978.
- (9) J.C. GuiUebaude, "Las annees orphelines 1968-1978", Seuit, Paris 1978.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Giderme Formülü: "Anayasal Demokrasi".

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

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

Hukuk'a demokratik talebin cevaplanabilmesi. Devleti "**Yargı**" ile yenilemeyi gerektirir. Bunun imlamı Hukuk Devleti'nin takviyesi ve Özellikle de "**Anayasal Demokrasi**"nin gerçekleştirilmesidir. Bu tönnül önce, "**Cumhuriyet Eksiği**"ni giderme formül üttür.

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

(15) Bk. B. Barret-Kriege], "La Repuhli<ue İnsullisante", Liberalimi, 25 Mars 1992.

(16) Bugün milletlerarası münasebetleri düzenleyeli hukuk kurallarının çoğalmasının ötesinde, hürriyetlerin korunması adına müdahale hak. belki de ödevinin doğuşuna tanık olunmaktadır. Bu konuda bk. M. Bettati, "Un droit d'inde reñce?". Rt.İDİP.. 1991 s. 639. vd.;S.J. Giod. "**International claims arising from Iraq's itvasıon ot KuMail**" The International lawyer. 1991. s.7 J 3 vd.

Fransız Anayasa Konseyi'nin 23 ve 25 Temmuz 1991 tarihli kararları bu gelişmeyi tescil eden kararlardır. Bu gelişmenin izlen Türk Anayasa Mahkemesi kararlarında da görülür. Bk. F. Luc-haire. "**Le conseil Constitutionnel et la Souverainete nationale**". RDP., 1991. s. 1499 vd.

AYM.simm 1988'3 karar sayılı kararı, bk. B. Çağlar. Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargı-cı. Yenilenen Anayasa düşüncesi üzerine. Anayasa Yargısı, Ankara, 1991.

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

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

BAŞLIK BİR

ANAYASA NİN "ANALIK DAVASI" VE

"YARGIÇLAR HUKUKU"

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

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

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

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

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

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

(17) D. (Jlagnollaud, Liberation 26 Janvier 1993.

(18) Anayasal söz üzerinde rekabetin farklılaşan yapılanması konusunda bkz. B. ITançois. "**Le.juge, le droit et la politique: elements d'une analyse pot itişte**", R.FTMJ, s. 48 vd.)

(19) Çf. L. Foverau, La politijue saisie par le droit. Paris, Econojniva, 1988

sal sistemin **"aktörleri"** arasında yargıçlar da vardır.

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

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

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

"Kuramların" tek-yetkili okuyucusu ya da **"dışındalana formülü"**, **"Sandıksal Demokrasiler"** de yaşımış bir gerçektir. Oysa bugün, **"Anayasa]** **Demokrasiler"** de, Siyasi-ımkuki çatışmalarda, Anayasa Müükemeleri, siyasi sürecin belirleyici aktörleri konumuna gelmiş, R. Dahl'in ifadesi ile, gerçek karar İktidarına sahip **"Policy-maker"** olmuşlardır.

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

(20) Fransa'da Siyasi-Hukuki çalışmalarda. Anayasa Konseyinin (Çonseil Constlutionnel) siyasi sürecin belirleyici aktörü olması konusunda bk. .1. Keller, **"Confmmtations juridico-piditiijues: le Conseil Consütütjonnel face uu gnuvermeot socialiste compare a la Cour Supranie au New Deal"**, Pouvoirs, 35, 19X5;.1. Keller, A. Slone, **"L'alfrontement juridHo-poliiijUe dans la Ft ance de Mitterand: l'apparalion du Conseil Constütütjonnel cimime acteur essential du processus politique"**, in S. Hofimamı, G Ross. dir. L'expenence Mitterand. Continuite et clariement dans la France coutempomine. Paris, PUF., 19XX,

(21) Bk. B. Manin, **"Pourtjuoi la Republuje?"**. İjventjon, 10, 19X4.

(22) Bu teknikler içinde **"l'erreur manifeste d'appccialjon"** (açık değerlendirme hatası), **"yorumlu red kararı"** ya ıh daha doğru bir ifade ile **"yorum kayıtlı uygunluk"** (la cihifeniüte s-ous reserve d'interpretation), Anayasa Malike melerini **"Policy-maker"** yapan tekniklerdir. Bu konuda bk. L. Habib, **"La notion d'erreur muni feste d'appreciation dans la jurisprudence du ConseÜ Constütütjonnel"**. RDP., 19X6, s., 695 F. Moderne, **"La declaralion de confermite sous reserve"**, in L. Favoreu, Le droit eaisititutionnel el les partis poliiijues. Paris, Economica. 19X8. s.93 vd.

1. "Anayasal Demokrasi" de "Sandık Meşruiyeti"

ve "Cüppe Meşruiyeti"

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

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

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

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

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

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

(23) Bk. P. Pescatore, "**üne revı Jution juridujue. Le rolv dr la Cour de justk'f eumpeene**". (entretien avet H. Calvet). in Conunentaire. 59. 1992, s.569 vd,

(24) Bk. L. Cohun-Tanugi. L'Europeen danger, Fayard, 1992. s.95 vd.

doğrudan uygulanabilirliği (L'applicabilite directe) doktrinlerini, Topluluk Kılavuz Antlaşmasından türeden **"Luxembourg Yargıçları"** mit Yargıç Federico Mancini ve Amerikan hukuk doktrini dili ile Roma Antlaşmasını **"anayasallaştırdığı"**m söylemiştir (25).

Topluluk Mahkemesi'nin 1963 yılı başlarında verdiği **"Van Gend en Loos"** kararını, Ferdi, P. Pescattirenin ifadesi ile. Topluluk Hukukunun **"nihai tüketicisi"** (consommateur final) yapmıştır.

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

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

"Luxembourg Yargıçları"ndan önce benzer bir deneyi **"Strasburg Yargıçları"** gerçekleştirmiş, İnsim Haklını Avrupa Sözleşmesini **"Anayasallaştırmış"** ve Ferdi, Avrupa Anayasa Hukukunun **"nihai tüketicisi"** yapmışlardır.

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

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

(25) Bk. F. Mancini. "The making of the constitution for Europe". in *Common Market Law Review*, vol.26, no.4, 1989; .1. Temple Lang. "The development of European Community Constitutional Law", in *The International Lawyer*. vol, 25. no.2, 1991.

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

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

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

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

Bu genel tespitin tipik örneklerinden biri, Topluluk sistemi içinde normatif boşluğu dolduran, yasa koyucunun (Avrupa Toplulukları Konseyi) eksikliğini lamam kıyarak içtihadı insan hakları hukukunu kuran Topluluk Mahkemesidir.

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

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

"**Anayasa Yeni Yargıçları**"nm birbirini tamamlayan ve aynı yöne yönelen kararlar ile, temsili kurumların açık iradesi dışında, bir "**Milletlerarası İçtihadı Anayasa Hukuku**", yargıç yapısı Anayasa Hukuku kurulmaktadır.

(27) Cf. P. WacliMiamı. Les cirails Le llionifne. Dullnz. Paris. 1992. s 130 vd

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

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

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

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

"Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Hollanda ve Belçika aleyhinde yapılan kişisel müracaatlarla ilgili olarak verdiği kararlarda, gözaltı süresinin, adi suçlar için dört günü aşmaması gerektiği görüşünü benimsemiştir. (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun, Hollanda aleyhindeki 2894/66 sayılı ve Belçika aleyhindeki 4696/71 sayılı başvurular üzerine verdiği 1966 ve 1973 tarihli kararları).

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

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

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

kunun gösterdiği gelişmelerin hukukumuzda yansıtılma masıdır" (28).

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

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

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

1.2.2. Milletlerarası İctihadı Anayasa Hukuku ve Anayasa yeni Yargıları.

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

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

... Savunma hakkının önemini ve gereğini vurgulayan bir başka kaynak da "Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme"dir. Türkiye, Sözleşmeyi 4.11.1950 de imzalamış, 103.1954 günlü, 6366 sayılı Yasayla da onaylayarak yürürlüğe koymuştur. Bu sözleşme, 6. maddesinin 3. paragrafının (b) bendinde, "Her sanık, müdafaasını

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

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

ı./ii iviınak için gerekli zamana ve kolaylıklara malik olmak hakkına s.,
hiptir." kuralına yer vererek savunma hakkının evrensel önemini pekiş-
tirmiştir...

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

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

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

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

(30) Danıştay Beşinci Daire. E. 19X6/1723. K. 1991/933.

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

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

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

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

Anayasa Mahkemesi, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile **"yükümlülükler altına girdiği"** ni tespit ettikten sonra, insui 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 hloku"** içine sokmuştur (32).

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

(31) Anayasal teminattan yararlanması gereken sosyal hakların "Sert-Çekirdeği" konusunda bk G. Malinverni, **"La mise en «œuvre des droits sK'iaux"**. Demokratik Kurumlar AĞIK Seminerine sunulan tebliğ. Oslo. 1991.

(32) AYM. 1991/5 karar sayılı Kararı. 27 Mart 1992 t. ve 211X41. RG.

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

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

2. Anayasa Klasik Postulatının Sonu: Hukuk a Demokratik Talebin Kurumsallaştırılması

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

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

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

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

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

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

(34) Bk. D. Rousseau. "üne reviskui pourles cihtyens?". Liberalini! 27 Mars 1992.

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

Denetimin demokratikleştirilmesi, **"Mutlak Demokrasi"** den **"Anayasal Demokrasi"** ye geçişin başlangıcıdır. Hukuka demokratik talebin kurum-sallaştırılması İse, **"Anayasal Demokrasi"**nin tanımıdır (36).

"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 İktidarların fragmantasyonu ya da bölümlenmesi, Demokrasi'nin alt yapısıdır (37). Ve bugün **"Hukuk"** bu topografya içinde yerini almıştır.

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

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

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

(35) **"Anayasal DennArasi"** konusunda hk. 1). Titrıprı. Droil Conslifuhonnel. PIT'.. Paris 1992 s. 6 vd.;D. Rousseau. Droil dıı contenheus constitutıvımeı. Motıtdırestıen. Paris. 1990. s. 365 vd.

(36) Cf. P - M. Dupuy. **"L'individu et le droit International Theorie des droits de l'homme et fondements du droit International"**. APD.. 19X7 s, I 19 vd.

(37) Cf. R. Dahi. Democracy in ilte United Staics. Rami MvNally. Chicago. 1972 s. 1X7 vd

(3X) Bk. Liberation, 16Fevrier 1993.

Projenin ikinci mantığı, Olivier Duhamel'in ifadesi ile "Denme ra tie g<- uernante" yanında "Democratie deliberante"ı canlandırmak, özellikle de azınlık tahrikli (parlamento üyelerinin beşte biri ya da seçmenlerin %10, yüzde onu) referandum mekanizmasını getirmek olmuştur. Proje seçmen tahrikli referanduma bir "Anayasa Filtresi"de eklemiş ve önerilen sorunun temel haklara ve yürürlükteki antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi Anayasa Konseyine verilmiştir.

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

(39) A. Duhamel, "La Republique gubvvernementale", Liberation 12 Fevrier 1993.

BAŞLIK İKİ

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

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

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

1. Ulus - Devlet Sonrası İdeoloji ve Demokrasinin Çoğul Hali

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

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

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

"Marseillaise"İN sözlerini değiştirme ya da Rouget de Lisle'in yerine Beethoven'ı koyma arayışları, bir düşünce ikliminden bir başka düşünce İklimine geçildiğini göstermektedir.

Milliyetçiliğin ve "Milliyetçi Cephe"!erin kaynağı "Millet" ve, onunla bütünleşen "Devlet", Maastricht Antlaşması metninin unutulmuşlarıdır.

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

(40) M. Galin, L'Europe ('ontre L'Europe, Rodter. Paris 1992.

(41) Pli. Simonnot. DoH'Art, Paris 1990.

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

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

1990'11 yıllarda Merkezi ve Doğu Avrupa, ya da "**ÖTEKİ AVRUPA**"da Milliyetçilik genel bir Vaka haline gelmiştir. "**Milliyetçilik**", politik mekanda olduğu kadar, uzun süre bu mekânın görünmeyen olan Toplumda da, esas üzerinde tartışmanın ana teması olmuştur (43).

45 yıllık Entenasyonizm ve anti-laşizm'den sonra, Budapeşte. Prag, Varşova, Bükreş... "**Eski şeytanların yeni beşiği**" olmuştur (44). Serbest seçimlerle kurulan parlamentolarda aşırı-sağ partiler, toplam oyların yüzde üçü ile yüzde sekizi arasında marjinalleştirilmiş olsa da demokratikleşme sürecinde çözülemeyen sorunlar, "**Ültralar**" için elverişli bir İklim yaratmaktadır. Herkes kimliğini yeniden bulmakuna arayışı içindedir **Şovenlik** (uçmilliyetçilik), **hoşgörüsüzlük**, "**etnik arındırma**" operasyon kırına götürecektir ölçüde dramatik çatışmaların kaynağı olmuştur.

Ancak bu sorunu, sadece "**Öteki Avrupaını**" sorunu olarak görmek gerçekçi olmaz. Fransa'da yabtuıcıları transit bölgelerinde tutan uygulama ve bu uygulamayı iert hakkının ciddi ihlali (Voir de l'oit) Sayın Paris "**Tribunal de Grande Instance**"nın 23 Mail 1992 tarihli kararı, bu konuda verilebilecek tipik bir örnektir (45),

(42) Cf. CSCE. Lhıcement il Helsinki 1992. "**Les Defis <lu Chatge ineni**".

(43) **Bk. B.** Pagueteau, "**La sociele contre elle-incine: elinse s vues en Rnumanie**" m (oinnementre, no. 59. 19X2.

(44) Liberation, 12 Fevrier 1993.

(45) **Ct. Recuil** Dalloz-Sirey, 1993. Jurisp. S. 47. note D.M. Desgrees <lu Lou.

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

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

"**Öteki Avrupa**", sistemlerinin üçlü değişimini başlatmıştır. Politik değişim, -tek partili sistemden Plüralist Demokrasiye geçiş. -Ekonomik Değişim- "**Piyasa Ekonomisine**", Ve sonuncusu, özellikle Hukuk alanında, Milletlerarasılaştırma sürecine giriş.

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

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

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

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

(46) Bk. P. Kentle, "Comment gerer te probleme de* minorites en Europe centrale et orientale?" ili E. Lhomel, Th. Schreider. eds.. L'Europe centrale et orientale. D∞c. thiticaissr. I 1992. s. 21 vd.

(47) Anayasasının yürürlüğü için bk. M. Sfair. m RFE. 10 Ocak 1992. Ayrıca bk. L'Europe centrale et orientale De l'espoir m x realites. Doc. Irançaise. 1991.

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

Ancak, "**Öteki Avrupa**"da, "**Hukukla Demokrasi**" formülünün ateşle sınanması dönemi de başlamıştır (4X).

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

Anayasa Mahkemelerinin kurulması ve "**Hürriyetler-Şartı**" Anayasa düşüncesini şekillendiren "**İçtihadı Anayasa Hukuku**" ya da "**Constitutional Common Law**"m gelişmesi, "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**"nun kurulması ile "**Klasik Anayasa Şeması**" değişmiş, anayasal "**Mekan**"lar farklılaşmıştır. Mekanlar farklılaşması, Anayasa teorisinde, İnsan Hakkın Hukukunu da faiklı düşündürmüştür.

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

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

(48) Bu konuda bk. Jean-François Kaim, "**İlyā soixuntv ans, Hİller prenait İr pouvoir. Peut-İl ne-venir?**" L'Evenemeuİ, No. 430, 1W3, s.44 vd.

(49) Bk. D. Rousseau. Droit du cuenenlieux consihluonmd. Montdirenen. Paris 1990. s.369 vd.: **B**, Çağlar. "**Anayasa'un Hukuku ve Anuyasa'ıun Yargıcı. Yenilenen Anayasa kavramı üzerine düşünceler**"i u Anayasa Yargısı. Ankara 1991. s. i 3 vd.

2.1. Hnkuk-Kanun-Jürisprüdans arasında farklı kurulan münasebet.

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

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

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

"Milletlerarası Norm "a açılma. Milli-Üstü mahkemelerle, Anayasa Mahkemelerini yaklaş tırmıştır. Adı konmakta olan yeni Anayasa Huku-ku'nun mekanı, "Milli-üstü Açık Toplum", milli bölümlenmişliğin ötesinde faikl bir yapılanma mekanıdır.

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

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

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

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

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

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

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

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

(50) Cf. R. Seve. "Breves İTİliktons sur İv tiroit el ses meluptores" AP1>. 19X2. s.259 vd.

(51) F. Terre "La erişe de la İbı". AfD.. 19X0. s. 17 vd.

(52) Bk. M. Saluden. "La jurisprudence, plıvımmene soeir>h>gique". APD. i 9X5 s. 19i vd.

(53) Bu konuda bk. H. Vvedisler. "Toward neutral piine ipi e.s of constitutional law". HARVARD Law Review. 1957 s.l vd.: A. M- Bickel. The kast daugeroı brainıclı: The Supreme Court. at the Bar ofPolitics. Bobbs-Merill. İndiatapolis 1962.

(54) V. J. H. Ely. Detnoeracy and Distrtst. A theory of judicial review. Har var d II. P. Catnbridge. 1982, s.54 vd.

(55) P. Rolland. "Exisle-t-il un Contröte <lu t'opperıımute" in. D. Rousseuu. F. Sudre. Droits et Li be rt es eu Europe. STH- Paris 1990 5.47 vd.

İnsan hakları avrupa Konvansiyonunun, özel hayatın ve haberleşme gizliliğinin korunmasını düzenleyen S. maddesine, Avrupa Mahkemesinin Kruslin ve Huvig karmku ile getirdiği yorum (56), Fransa'da, Pans istinaf Mahkemesi ve Temyiz mahkemesi kararlarını etkilemiştir (57).

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

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

(56) 24 Nisan 1990 tarihli Kruslin kararının bk. D 1990, s.354. note .1. Pradel. Huvig kararı da aynı gündür. Of. .1. F. Flauss. "**Ecrits de Hiqués: te point de vue de Strasbourg**" RFDA. 1991 s.K9 vd.

(57) Cf. P. Kayser. "**La confonite a la Convention des droits de l'homme et la Constitution de la France des Ecoutes telephoniques**". D. 1991. s. 17 vd.: P. Kayser. T. S. Reuotx. "**L'autorite judiciaire et la loi: a propos des ecoutes telephoniques**". RFDC. 1991 s 33 1 vd.: J. Pradel. "**Ecoutes telephoniques et Convention europeenne des droits de l'homme**" D. 1990, dir. 15.

(58) **Bk. M.-A. Eissen. "L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme". in D. Rousseau. F. Sudre'dir. Conseil Constitutionnel et Cour europeenne des droits de l'homme.. op.cit.**

(59) Cf. R Koering-Joulin. "**De fait de faire l'economie d'une loi. a propos de l'arret Kruslin et de ses suites**". D. 1990. Chr. 1 S7.

(60) Bu konuyla ayrıca bk. Fransız Anayasa Konseyinin 12 Ocak 1977 tarihli kararı ile Anayasalın 66. maddesine getirdiği yorum. Decision 7G-75 D. (f. L. Favoreu. "**Le Conseil Constitutionnel et la protection de la liberte individuelle et de la vie privée**". in Fiilileş olerter a Pierre Kayser. PIJAM. 1979. t.1 .. s.411 vd.: Ayrıca bk. Th. Rettoux. Le Conseil constitutionnel et l'autorite judiciaire. Economica-Puaria. 1984. s.17 vd.

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

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

Klasik anayasa teorisinde "**Genel İrade**"nin ifadesi sayılan yasa, bir-
den çok "kısmi organ"ca yapılmakta ve bu organların ifade ettiği irade "**Ge-
nel irade**"yi meydana getirmektedir. Bu kısmi organlardan biri, çok kere bir
siyasi blok meydana getiren. Parlamento ve Hükümet İkili ve bazı sistemler-
de Devlet Başkamdir Diğer kısmi organ ise Ana yırsa Mahkemelerine başvur-
ma yetkisine sahip otoriteler ve Anayasa Mahkemesi'nin meydana getirdiği
bütündür (61). Bugün bu sonunculma, yenilerini de eklemek gerekecektir.
Topluluk Hukuku ve Konvansiyon Hukuku uygulayıcılarını.

Son bir analizde Anayasa Mahkemeleri, Anayasal Normların yorumla-
yıcısı olarak "**Anlam Arzı Piyasası**" içinde yer alırlar. Anlam arzı piyasasına
giren üreticiler, Anayasa Mahkemesinde İptal davası açan parti ya da parla-
menterler, dava konusu ile ilgili Sivil toplum kuruluşları, dernek ve sendika-
lar, itiraz yolunun kabul edildiği sistemlerde (62), dava mahkemeleri ve fert-
lerdir. Bu piyasada anlam üreticiler arasında mücadele eşit bir mücadele
değildir. Bunun içindir ki, "**Hukukun yeniden yazımı**" değişen siyasi-sosyal
güçler dengesine göre farklılaşır (63).

Yargıçların yazdıkları "**Anayasa**", meşruiyetlerin temeli yeni bir de-
mokrasi tanımı, "**Anayasal Demokrasi**" ve belki de yeni bir Cumhuriyet an-
layışı, "**Yargıçlar Cumhuriyeti**" anlayışını getirmektedir (64).

-
- (61) Ct. F. Midaud "L'inscription de tu decision judkiarc dans un systeme jurıdtqur.
Rellexions sur l'evolution de tu d («ciritle umriculınc c önenip» rai ne". RI >P.. 19X6. s. J (M)¹
vd. M. Troper, "La Theuric de l'interpretatımı el la probleme de la supralegulte constiluli-
onnalie", in Melauges Charles Eiseurıarını Cujus. Paris. 1974. s.133 vd.
- (62) İtiraz yolu konusunda karşıladı ırı nalı bir analiz için bk. A. Pizzorusso. "Un point de vue uun-
paratiste sur la relbrme de la piştice constilutimnelle İra uça ise", RFDC, 1990. 4. s.659 vd.
- (63) Bu konuda bk. Pli. Jestaz. "La jurisprudence: Reflexions sur un mdantendu", J). 19X7. slı.
3.
- (64) R. Badinter, "La Repuhliljik- des jges". Le Monde, S Sepi. 19X9.

BAŞLIK ÜÇ

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

Fransa'da OAS'in haşla gelen yöneticilerinden biri olan Colonel (albay) Argoud 1961 yılında giyaben ölüme malik um edilmişti. Alınım ya'ya sığman Argoud, yasal prosedürlerin dışında çalışma Fransız "özel" servis ajanlarıma kaçırılmış ve Fransız topraklarında Devlet Güvenlik Mahkemesine sevk edilmişti. Savunmanın esası, başka bir ülkenin kaza yetkisine tabi bir kişinin tutulanmasında hukuka aykırılık (voie de fail), milletlerarası hukukun ihlali üzerine kurulmuştu.

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

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

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

(69) Bk. R. Abraham, Droits internationaux. < Droit constitutionnel et droit français, Hadette, Paris 1989, s.6X vd.; Cass. crim. 4 Juin 1964. JCP. 1964-11-13X06.

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

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

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

R. Abraham, bu sınıflamanın (71), hukuki bir sınıflama olmadığını söylese de (72), bu görüşe katılmak zordur. Gerçekten, Alman Federal Cumhuriyeti'nin, "**Başlangıç**", 31 Ağustos 1992, tarihli "**Birleşme Antlaşması**" ile yeniden yazılan, 23 Mayıs 1949 tarihli Temel Yasası'nın (2) m. 1(M) ikinci paragrafına göre, görülmekte olan bir dava sırasında, bir milletlerarası hukuk kuralının, Federal Anayasa Hukukunun bütünleyici bir parçası olup olmadığı, 25. madde anlamında fertler için doğrudan hak ve yükümlülükler doğurup doğurmadığı konusunda tereddüt ortaya çıkarsa, dava mahkemesi konuyu Federal Anayasa Mahkemesine götürmek zorundadır. Başka bir ifade ile, bir milletlerarası hukuk kuralının "**self-executing**" karakteri. Anayasa Mahkemesi önünde "ön-sorun" konusudur. Antlaşma-Mukavele, Antlaşma-Yasa arasındaki hukuki ayrımın kriteri de, kısaca budur.

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

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

(72) H. Obertloff, Les Constitutions de l'Europe des Pays. D. française. Paris 1992.

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

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

I. Prosedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku ve Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku ayırımı.

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

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

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

(73) **Bk. F. de La Şerre**, "CEE: L'enjeu du t r a i t e de Maushicht". in A. Grosser. dir. Les **Pay.s** de L'Europe occidentale, Doc. Prunçaise, Paris 1992. s.289 vd.

(74) Bu konuda özellikle bk. R. Abraham'ın. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin taraf devletler Anayasa Hukuku ve idare Hukuku özentide etkisini inceleyen makalesi. R. Abraham. "Les iticjences dr la CEİİH <urle dnul Constitutumnel el administratif des Etuts parües" RHDH, 1992, s. 409 vd.

(75) "**Milletlerarası Anayasa Hukuku**" konusunda bk B Çağlar. "**Milletlerarası Anayasa Hukuku kurulurken Anayasa yazmak**" .Mülkiyeliler Bir] iği İstanbul Şubesi tu n Mayıs 1991 tarihinde düzenlediği "**Anayasa Forumu**"ita sunulan tebliğ (çoğaltma).

kabul yapılan, F. Ennacora'inn not elliği gibi, bir "Hürriyet Mekanı "mn kurlmasında, Anayasalanı milletlerarası normku kabul yapı kamı uyuşur duruma getirme önemli bir sorundur (76). Bu problemin, demokratikleşme sürecine giren "Öteki Avrupa"da da krilik bir önemi vardır (77). Ancak " kabul yapılan" sadece Anayasalarla getirilmez. İçtihadı Anayasa Hukukları da "Milletlerarası norm"u kabul yapılan kurmuşlardır (78).

"Prohsedüral Milletlerarası Anayasa Hukuku"nun ikinci problemi, İç Hukukta uygulanabilir Hukuk Kaynaklan problemidir. Özellikle insan haklan Avrupa Sözleşmesinin uygulanmaya konması bu çerçevede gündeme gelmiştir (79). "Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku" ise, Önce bir "Toplum Modeli" ve bu modele hağlı "İKTİDARLAR" anlayışını kuran normlar bütünüdür.

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

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

(76) Cf. F. Ennacora, "The problem of (he 11 ic o rpo ra tlon of veriden International law into t he legal order of European Statdes as a pr<>blem of hurmonisation", Oslo, CS CE Senlinar 1991.

(77) Cf. D. Goinien, "The implementation of intcmational Hum an rîghts Law in Eastern and Central Eitrope", Conseil de l'Europe, Strasbourg 1991.

(78) Bu konuda Bk B. Çağlar, "Kit'a Avnıpasında yeni kurumsallaşma denemeleri : Hukuk ve Demokrasi",ıııı Anayasa yargısı. Ankara 1993. s.233 vd.

(79) Bu konuda özellikle bk. "La mise en nevre ini eme de la Convention europeenne des droits de l'homme en Europe de l'Est et de l'ouest". Kİ i]H. Vol. 4, No. 10-1 1. 1992

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

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

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

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

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

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

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

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

(81) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin. İlandyside. Sunday Times, Airey. Lmgens. Klass ve Dudgeon kararları, birlikte okunursa bu kihil hukuk kavramından ne anlaşılması gerektiği görülmür.

(82) Bk. .1. Velu, R. Ergeç, La Convenion Enropeemie des droits de l'homme. op. cit.. s. 140 vd.; P. van Dijk, G.J.H. van Hooi., Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Kluwer, Boston, 1990 (2,ed). s.562 vd.

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

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

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

(83) Bk. G. Cohen - Jouharhal. La convention europeenne des droits de l'homme. Economica. Paris 1989.

(84) Cf. **.1. Velu, R.** Ergeç. La convention europeenne des droits de l'homme. Bruylant, Bruxelles, 1990, «.151 vd. "**Demokratik Toplum**»"la ilgili Avrupa Mahkemesi Kararları için bk **V. Berger**, jurisprudence de la cour Europeenne des droits de l'homme, Sirey, Paris 1991 (3.ed.)

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

(86) Oscar M. Garihaldi. "**On the Ideological Content of Human Rights Instruments: The Clause in a Democratic Society**" Essays in Honor of Louis B. Sohn. T. Buergenthal Kedit. Strasbourg. Arlington 1984 S.23-68; O. Jacoi-tiullamod. Rappoit sur les rapports entre demouralie el droit de l'Homme (ollopie de Thessalonique. 24-27 Seplemhre 1987 (Docimerus dit ('ouseil de l'Europe; A)ex (*h. Kiss. "**l'emissible L'imilitims on Rights**". in The International Bili ol Rights: The covenant on (ivil and Political Rights 1.. He tkin, ed. (< >lu ribia I 'mv. Press. 1981. \.290vd.

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

2.2. "**Demokratik Toplum**", "**Plüralizm**"in Gerçekleştiği Toplum.

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

Mahkeme, demokrasinin çoğunluk düşüncesinin sürekli hakimiyeti anlamına gelmediğini, hakim konumların kötüye kullanılmasını engellemek için azınlık haklarının adil korumadım yararlandırılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Plüralizm zorunluluğu. Avrupa Mahkemesini bazı haklan üstün korumadım yararlandırma düşüncesine götürmüştür. Bu haklardan biri İfade Hürriyetidir (89). Mahkemeye göre İfade Hürriyeti, demokratik toplumun ana temellerinden biri (X) ve insim varlığının gelişmesinin önşartıdır (91). Avrupa

(87) B.E. Teziç. Anayasa Hukuku, İstanbul 1 986. s. 195 v<l. Anayasa Mahkemesi raportörlerinden M. Turhan'da aynı görüşü benimsemişiii. Bk M. Turhan "**Anayasamız ve Demokratik toplum düzeninin gerekleri**" in n Anayasa Yargısı. Ankara. 1991. s. 415.

(88) Bk. 25 Mart 1985 tarihli Barflold karar. Serie A. vol. 90 A 51. Ayrıca hk. Lingens Vakası ile ilgili 8 Temmuz 1986 Tarihli karar.

(89) Bu konuda bk. İnsan Haklan Avrupa Mahkemesi iin 23 Nisan 1992 tacili! i "Casldls. c. Espagne" Vakasında verdiği karar. Ayrıca bk.; 7.12.1976. Handyside c. Koyanı ne-U in; 26.4.1979, Sunday Times (I) e. Royamine-l Jin; 9.10.1979, Airey c. İrlande;6.11.1980, Guzzanli c. İtalie; 8.7.1986, Lingens c, Aulriche; 19,3.1991, Cardin c. France; 26.11.1991, Observer el Guardian c. Royaume-lhi; 27.2.1992. Manilaliura FL c. İtalie; 25.3.1992. B. c. France.

(90) Cf. F. Sudre, ''Les lihertees proleges par la «ur europccmu* des droits de l'hoimme'', in D, Rousseau, F. Sudre. e<l. (.önseli Conltilutionnel et Cour europeentie des droit de l'homme. Droits et libertes en Europe. Sİ H. 1990. Paris 17 s.

(91) Bk. Serie A. vol.. 23 A 49, Ayfıca bk. Müller ve diğerleren davası 24, 1988. Sene A, vol., 133. & 33 ve- 34.

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

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

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

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

(92) **Bk.** 10 Ekim 1977 tarihli. "**RILssemblyment jHiussicu et ünite jurasienne e. Suisse**", karar.

(93) **Cf. M.A. Essein.** "**La Cour eunpeenne des dmits de i'lnmutne**". RDP.. 1986. s. 1779 vd.

(94) Bu konuda bk **Ph Veglens.** "**Les neessite.s puldtjues et la conventinn des droit de l'Homme**". Lioiteeti droit positif el relererices aux valeurs legates. X. Journées Jeani Dahin. 1980. Bruxelles. 19X2. s. 343 vıl.

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

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

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

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

(95) Cf. J.E.S. Fawcett. The application of the European Convention on Human Rights. Oxford. 1987 s. 260 vd.

(96) İnsan Hakları alanında Avrupa kamu düzeninin anayasa| cihazı olan Avrupa Konvansiyonu na getirilen çekincelerin de bu anlamda çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.; Bk. N. Çavuşoğlu, **"Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na kişisel başvuru hakkını tanıma bildirimine koyduğu hususlar üzerine bir not"**, HİMİD-. 1991, s.2-3. s.21 vd.

(97) Bk. R. Ryssdal. **"The expanding role of the European Court of human Rights"**. in A. Fide, J. Helgesen. eds. The future of human rights protection in (changing World. Norwegian II. P. Oslo, 1991, s. 115 vd.

(98) **"The Convention (is)... a constitutional instrument of European public order in the field of human rights..."**. HRİJ. 1991. s 121

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

(99) F. Sultre. La Convention Elin »|»e titre dex droils de l honime.. PUF. Paris. 1992 (2. ed). s. X5 vd.

BAŞLIK DÖRT

İNSAN HAKLARI İLE OKUNAN DEMOKRASİ: "ANAYASAL DEMOKRASİ"

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

Kültürel farklılaşmaları esasla **"Farklılaştırıcılar"** (les differentia listes) için, ferdiyetçilik üzerine kurulu Balı kültürü, kültürlerden sadece biridir, ve savunduğu değerler ve insan hakları anlayışı başka kültürlerle aktarılmaz. **"Benzeştiriciler"** için İse, insan hakları, kültürel farklılıkların karşısında silinmesi gereken, evrensel değerlerdir (101). **"Evrensel"** (Üniversal) ve **"Farklı"** arasındaki bu ayırım, Demokrasi anlayışlarını da şekillendirir.

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

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

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

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

(100) Bk.C. Lefort, L'invention de l'écrit. Fayard. Paris J 9X1. Ayrıca bk. J Rawls. Theone de la Justice, LeSeuil. Paris. 19X7.

(101) Cf. J.-C. Guillebaud, **"Droits de Pitonum- L'écrit des lieux"**, in, Nouvel ı>bs. Dos.. La Petisee aufounllui, 1990, s. 70 vd

(102) Bk. G. Lebreton, **"Un legs de l'URSS 'ala CEI- la Deduration sovietque des dn>its de l'hononedu 5 seplcmhre 1991"**. RDP- 1992. s.2X1 vd. Ancak, **"Demokratik Rusya"** Hareketinin kurucularından I. Afanassiev'in **"A huy azdı Rusyam"**da yazdığı gibi. Tarilun ağırlığı **"Aşa'n yolun hala açık olduğu "**ını göstermektedir. Bk. I, Afanassiev. Ma Russie fatale. Calluami-Leury, Paris 1992.

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

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

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

Ferdietçi toplumlunla "Antî-Leviatlıan" olarak da adlandırılan, Hukuk ve terdin hak ve hürriyetleri ile sınırlı **"Hukuk Devleti"** (105), Komünizm-sonrasında, önce bir ideoloji sonra bir kurumsal yapı olmuştur.

Marksizm-sonrası toplunlarda Anayasalardan (ince insan hakları deklarasyonlarının yazılması bu sürecin tipik örneğidir.

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

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

(103) **"Anayasal Denetim Komitesi"** jürisprütü dansı için bk. RF[K]. de P. (ielard)ı kronikler i.

(104) 'f. M. Le-sage. "L'URSS; de la legali te soiaitiste a l'E tat de dnil", RDP.. 19S9. s.275.

(105) **Bk. M. Miallie, "Le retour a l'El at de droit"**. ııı L'Elal de droit, PUF, Paris 10X7. s. 2 İS vd.

(106) Bk. P.Gelard. Clıron.. RFDC '. 1990. s.532 vd.; s.754 vd.

Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliğinden Bağımsız Devletler Topluluğu'na geçişi hazırlayan, 5 Aralık 1991 tarihli Minsk Anlaşması 2 maddesinde, taraflar, fertler, insan hakları milletlerarası Hukuk normlarına uygun olarak Sivil, Siyasi, Sosyal, ekonomik ve kültürel hak ve hürriyetleri tanıma ve koruma yükümlülüğü altına girmişlerdir.

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

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

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

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

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

(107) G. Kepel, La revanche <le Dicté, Senit. Paris, 1990.

(108) A. Glucksmann. Le XI e. CotinaiK temeli i. Harnıarıonı, Paris 1991.

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

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

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

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

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

(109) Bk. Le Monde. 13 Pevrier 1992

(110) Bk. Liberation, 19 Şubat 1992.

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

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

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

(112) Bk. E. (, olas, in Les valeurs de la Revidilion devant lu Science- aciuelle, Presses I Imversilaires de- Nancy, 1990. s.73.

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

Epilog. "Don't play it Sam agahı".

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

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

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

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

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

"Anayasal Demokrasi"nin kurumlar dengesi **"Sandıkça! Demokrasi"**nin kurumlar dengesinden farklıdır.

Farklı yazılan hak ve hürriyetler şartı, ya da **"Yargıçlar Hukuku"**, değişen kurumlar dengesine eklenir İse, bu çalışmanın **"Başlangıç"** nida yazılına, anayasacının derisine yapışan somu da gündeme gelir.

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

(115) Bk. R. Abrahani. Drojr inieruahoimİ... eps- cilt x.217 vd.

Nostaljik anayasacılar belki tepki göstereceklerdir tuna, Şam'ın artık aynı parçayı çalması mümkün değildir. Değişen zımanda, değişen mekanda Çalman farklıdır. Değilen Anayasa, değişen Hukuk, değişen demokrasi. Şam'ın müziğini sadece bir anı yapmıştır.