

KELSEN MODELİ "SINIRLART'NDA DEMOKRATİKLEŞME

SÜRECİNDE ANAYASA YARGIÇLARI

Doç. Dr. İbrahim Ö. KABOĞLU (*)

GİRİŞ

Pratikten ve metinlerin suskunluğunda doğan, yasaların anayasallık denetimine ilişkin Amerikan sisteminden farklı olarak Avrupa modeli, Anayasa'nın yargısal güvencesini kurmaya çaba gösteren Hans Kelsen'in kuramsal çalışmasının ürünüdür.

Yasaların anayasallığının denetimi, Avusturyalı büyük hukukçu Kelsen'in kurduğu hukuk sisteminin mantıki sonucudur; yasa, dayanağım hemen kendisinden üstün olan normda bulduğundan, hukuki olarak Anayasaya aykırı değilse ancak geçerli olabilir. İlk kez bir hukukçu, anayasallık denetimini yalnızca hukukten kuran ve meşrulaştıran değil, fiilen hukuk sistemi bütünüün geçerlilik güvencesi olan bir hukuk düzeni kuramı öneriyor. Geçerlilik güvencesi, çünkü bu güvence olmaksızın, bir kuralın üst norm karşısında ayıklanması olanaksız olacaktır; anayasallık denetimi olmasaydı pramid çökerdi (1).

Denetim yetkisini, "bütün yargıçlara ya da tek bir mahkemeye verme" seçeneği önünde, yaygın ve merkezileşmemiş anayasa adaleti Amerikan modelini eleştiren Kelsen'e göre, yürürlükteki anayasa uyumsuzluğu üzerine uzmanlaşmış tek bir yüksek yargı organının kurulması, hukuk yaşamının iyi işleyişi bakımından üstünlüklere sahiptir. İçtihat birliği yoluyla "anayasal hakikat"ın ortaya çıkmasını sağlayan bu tercih, anayasaya aykırı bir yasanın hukuk düzeninden kesin olarak ayıklanmasına olanak verir (2).

Tek bir anayasa yargısı yönünde yapılan tercihin sonucu, denetimin doğrudan ve başlıca amacı, zorunlu olarak yasanın anayasallığıdır. Dava yolu, soyut denetim ve kesin hüküm sonucunu yaratan, kararın taraflar dışı etkisiyle Kelsen Modeli, Amerikan sistemiyle karşıtlık oluşturur.

(*) M.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(1) H. Kelsen, "**La garantie juridictionnelle de la Constitution**", REVUE DE DROIT PUBLIC (R.D.P.), 1928, p. 197-257.

(2) D. Rousseau, **La justice constitutionnelle en Europe**, Montchrestien, E.J.A., 1992, p.22-23.

1 Ekim 1920 Avusturya Anayasasıyla özgül bir Anayasa yargısının ilk Çağdaş örneği olarak Yüksek Anayasa Divanı kurulmuştur. Viyana Okulu Üstadının entellektüel etkisiyle uygulamaya konan bu model, Avrupa Anayasa yapıcılarını "kuşaklar boyu" esinlemeye devam edecektir.

I - AVRUPA MODELİNİN GELİŞİMİNDE ÜÇ KUŞAK

Yasaların anayasallığının yargısal denetimi üzerine gelişen Avrupa modeli (3), yüzyılımızın son onyıllık diliminde, 80'li yıllara göre farklı evreler gözönüne alınarak incelenmelidir. Son birkaç yıldır yaşanan köklü değişimler, hem şimdiye dek yapılan gruplandırma biçiminin gözden geçirilmesini, hem de Orta ve Doğu Avrupa postsosyalist Devletlerinde kurulan anayasa yargısı- nı yeni bir kuşak olarak nitelendirmeyi gerekli kılıyor (4).

A) Birinci Dünya Savaşı Sonrası (Birinci Kuşak)

tik dalga, "Avusturya Dönemi" olarak nitelenen ve H. Kelsen'in etkisiyle kurulan Yüksek Anayasa Divanı ile başlamıştır. Bu modelden Öteki Devletler de esinlenmiştir. Çekoslovakya 1920'de Anayasa Mahkemesi'ni kurdu (5). İkinci Cumhuriyet İspanyası, 9 Aralık 1931 Anayasasıyla bir Anayasal güvenceler mahkemesi oluşturdu. 1 Temmuz 1937 Anayasasıyla İrlanda Anayasa Mahkemesini kurdu.

Hemen belirtmek gerekir ki, adı geçen Devletlerin maruz kaldığı derin siyasal bunalımlar ve Avrupa'da faşizmin genel yükselişi, oluşturulan denetim mekanizmasının olağan olarak "İşleyiş"ine olanak bırakmayacaktır.

(3) Avrupa Modeli fonuülasyonu için bkz. L. Favoreu, **Les Cours Constitutionnelles**, PUF, 1986 Paris.

(4) Anayasa Mahkemelerinin dönemlere göre gruplanılın İması üzerine bkz. D. Rousseau, **a.g.e.**, 24-27; D. Turpin, **Droit Constitutionnel**, PUF. 1992 Paris, s. 130 vd.

Yazarlar, post-sosyalist Devletlerdeki Anayasa Mahkemelerini yeni bir dönemin ortaya çıkışı şeklinde niteler.

(5) Bununla birlikte. "Yasaların anayasallığının denetimi tekerci yetkisine sahip olarak Avrupa'da İlk Anayasa Mahkemesi kuran ülkenin 1918 Çekoslovakya Cumhuriyeti" olduğu belirtilir. Bunu 29 Şubat 1920 tarihli Kanun düzenlemektedir. Bkz. O. PFERSMANN, "**La loi constituti »nitelle İM» 91 du 27 levrier 1991 concernantla Cour constitutionndle de la R"publique federale tcheque et slovaque**", Revue Française de Droit Constitutionnel, (R.F.D.C.) 9, 1992 p. 161.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, "Anayasanın ve idarenin güvencelerini" gerçek anlamda İlerletmek amacıyla (m.l 37-148), yasaların ve düzenleyici işlemlerin anayasallık denetimi yanında, idari ve yargı otoriteleri arasındaki, provensler ve konfederasyon arasındaki yetki ihtilaflarını da çözüme bağlamakla görevli idi. Üyeleri başlangıçta» Ulusal Konsey ve Federal Konsey tarafından yan yana seçildiği halde, 7 aralık 1929 tarihli anayasal kanun, Yüksek Divan'm yetkilerini muhafaza ederek, bütün üyelerinin Yürütme organı tarafından atanmasını öngörmesi, Kelsen'in istifasına yol açtı (6).

1934 Anayasası, Avusturya'nın anayasa ve idare "Yüksek Mahkeme"lerini birleştirerek bağımsızlığı zayıf bir Federal Adalet Divanı'na dönüştürdü; bu sonuncusu da 1938 Martında Alman işgaliyle ortadan kalktı.

Daha sonra, faşizm ve nazizmin sona ermesiyle, Avrupa'da Anayasa Mahkemeleri Kelsen modeli üzerinde doğup gelişecektir.

B) İkinci Dünya Savaşı Sonrası (İkinci Kuşak)

İkinci ve daha güçlü dalga, İkinci Dünya Savaşından sonra gelecektir. Nedeni basit ve politiktir (7). Azınlık haklarının sağlanmasında, siyasal çoğunluğun baskısının önüne geçilmesinde, temel hakların yasamanın saldıran alanı dışında tutulmasında, yasalann anayasallığmm yargısal denetimi kencuü hızlı bir biçimde kabul ettiriyor.

Avusturya Anayasa Mahkemesi, 12 Ekim 1945 Anayasal kanunu ile yeniden kuruldu.

1947'de Japonya'da, 1948'de İtalya'da ve 1949'da Federal Alman Cumhuriyeti'nde, yeni kurucu erkler, hem ülkelerinin trajik geçmişine karşı bir tepki olarak hem de demokratik bir geleceğin güvencesi olarak, yetkileri açıkça düzenlenmiş yasanın denetim mekanizmalarını tanıyan anayasalar kabul ediyorlar (8).

(6) D. Turpin, **Droit Constitutionnel**, p.129.

(7) B. Çağlar, "**Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi**", Anayasa Yargısı, 1987, s.l 37-187 (özellik s. 153); L.Favoreu, **a.g.e.**, s.l 1-16; Rousseau, **a.g.e.**, s.25.

(8) İnsan Haklarının en ağır ihlallerinin görüldüğü, hatta yok edildiği Devletlerin ilk sırada yer al-dıklarını anımsamak gerekir.

1961'de Türkiye'de de Anayasa Mahkemesinin kurulması, tıpkı nedenlerle olmasa da, kurumsal ve siyasal nedenlere dayandığı açıktır. 70'li yıllarda ortaya çıkan üçüncü dalga da, ikincisindeki benzer nedenlerle aynı kuşak içinde ele alınabilir. Diktatörlükten kurtulan Devletler, temel hak ve özgürlüklerin yasaların anayasallığının denetimini de beraberinde getirdiği yeni Anayasalara sahip oluyorlar. 1975'te Yunanistan Anayasası, 1976'da Portekiz Anayasası, 1978'de İspanyol Anayasası.

Bu dönem o güne değin varolan denetim mekanizmalarının pekiştirilmesi ve derinleştirilmesi ile kendini gösterecek. Önemli ve denetimin gelişmesine elverişli reformlar Federal Almanya'da (1969 ve 1971), Avusturya'da (1975) ve İsveç'de (1979) kabul edilmiştir. Fransa'da 1958'de kurulan Anayasa Konseyi, 1971'de 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni ve 1946 Anayasası Başlangıç'ını "anayasallaştırmış"tır. 1980 yılında Anayasa revizyonu ile Halkın Hakları Divanı oluşturan Belçika ile birlikte, birkaç ayrıncı durum dışında, liberal Avrupa Devletlerinin tümü, değişik derecelerde, Kelsen modelinden esine dayalı, yasaların anayasallığının denetim sistemini kurmuşlardır (9).

C) Orta ve Doğu Avrupa'da Anayasa Yargısı (Üçüncü Kuşak)

Halk Cumhuriyetleri, yasaların anayasallık denetimi kavramına tamamen yabancı değildi. Bununla birlikte sosyalist Devlet anayasaları, erkler ayrılığı ilkesine dayanan batılı rejimlerden farklı olarak, Devlet iktidarının birliği kuramına dayanır. Merkezi siyasal kurum, anayasal (yasama-yürütme ve yargı olmak üzere) işlevler bütününe yerine getiren halk meclisidir. Komünist partide Devlet ve toplumun birleşmesiyle güçlendirilmiş tikel anayasa anlayışında, yasaların anayasallığının yeri bulunmamaktadır, olası meşruiyeti de. Bu ülkelerde yasaların anayasallığının denetimi mevcut olduğu zaman bu yetki doğrudan yasama tarafından kullanılır ve "tikel ve ayrıncı işlevi temsil etmez, fakat halkın egemen iradesinin tek anlatımı olarak üstün temsili organın yerine getirdiği genel denetim işlevinin parçasıdır" (10).

(9) 1982 Anayasasıyla Anayasa Mahkemesini yeniden düzenleme biçiminin çağının genel eğilimine ters düştüğü görülmektedir.

(10) P. Nikolic, "Le Controle de la consütutionnalite des lois dans les pays socialistes", in Le controle juridictionnel des lois, Economica, 1986, p.80.

Erkler ayrılığı fikrini reddetme sonucu olarak, anayasal lığın korunmasını, anayasa mahkemesi gibi bağımsız bir organa teslim etme gereğini kabul etmeyen sosyalist devlet kuramı, uygulamada 60'lı yıllardan itibaren farklılaşmaya başlamıştı. Yugoslavya 1963'te, Çekoslavakya 1968'de, Macaristan 1984'te yasaların anayasallık incelemesinde Parlatentonun öz-denetim sisteminden vazgeçerek, hu yetkiyi, hukuki ölçütlerden hareketle Halk Meclisi tarafından seçilen ve yargıçlara tanınmış geleneksel bağımsızlık güvencelerinden yararlanan üyelerden oluşan özgül yargı yerlerine vermiştir Dolayısıyla, yasaların anayasal lığının denetiminin tıyukmıaya konması, yetersizliklerine karşın, iktidarın teklığı ve tek pııli doğmasında gedik açtığı söylenebilir (11). Post-sosyalist dönemin başlamasından önce, eı azından kimi Devletlerde Anayasa Mahkemelerinin kurulması sayesinde denetim, bağımsız ve tikel bir işlev haline geldiğinden, durum evrim geçirmişti.

Orta ve Doğu Avrupa Halk (Cumhuriyetlerinde asıl dönüşüm, post-sosyalist dönemin 1990'dan başlayarak açılmasıyla ortaya çıkmış, anayasa yargısının gelişimine tanık olunmuştur. Köklü değişikliklere uğratılan ya da yeniden yazılan Bulgaristan, Romanya, Çekoslavakya, Macaristan ve Polonya Anayasaları, Anayasa Mahkemesiyle Kelsen modelinden esinlenen yasaların anayasallığını!) yargısal denetim mekanizmasını içerir (12). Oluşum biçimleri, değişen paylarda, yasuna meclisleri ve Devlet Başkanının müdahalesine elverişli olup, başvuru hakkı, farklı kamu iktidarlarına, parlömanter azınlıklara ve örneğın Romanya'da olduğu gibi, anayasallık itirazı çerçevesinde yüksek yargıçlara açık tutularak, kolaylaştırılmıştır. Yetki alanı İse, yasaların ötesinde Cumhurbaşkanıın işlemlerine ve bazen de olağan yargılıkların kararlarına uzanabilir; denetimi, yasaların ısdarından (promulgation) sonra olduğu gibi önce de yapılabilir; kararlan kamu iktidarlarını bağlar (13).

(11) Favoreu. **u.g.e.**. s. 115-120;). Rımsseau. **u.g.c.**, s.2X-29.

(12) Macaristan -. Texle hu XXXII <k*!Arı 19X9.

Çekoslavakya : La loi consf jiutionielle no 91 du 27 ievrier 1991 concernant la ('our conslutrionnelle de la Republiijue federale lchetjue et stovajue.

Polonya : Constitutmal Trilvuuut Acı of 29 ıh April, 19X5 (uniform act as published in the Journal of'Laws of'2X ıh November 199] No 109. iteni 470)

(13) Ayrı durumlar : Romanya Anayasası. Polonya ve Portekiz'de olduğu gibi. Parlamento'nun. anayasaya aykırı beyan edilen yasayı yeniden oylayarak üçle iki çoğunlukla Mahkeme lini kararım aşabilir.

Bu devletlerin hepsi, demokrasiye geçiş relbrmkının temel taşkıınıdın biri olarak Anayasa Mahkemesini kurarak, anayasallık denetimini, demokratik bir rejimin ayırdedici ve belirgin niteliği haline getirmişlerdir; erkler ayrılığı, yargı erkinin bağımsızlığı, siyasi partilerin ve ifade araçlarının çoğulculuğu ile aynı derecede.

Egemen halkın iradesini ortaya koyan seçimlerin denetimi, anayasaca kurulan iktidarların yatay ve düşey paylaşımına saygının gözetimi; hak ve öz-gürlüklerin korunması: siyasi partilerin kapatılması gibi bastıncı işlev biçiminde dört başlıkta toplanabilecek Anayasa Adaleti'ne düşen görevler (14), "demokrasiye geçişe eşlik" etmekte olan yeni Anayasa Mtihkemeleri için de geçerlidir.

Orta ve Doğu Avrupa Devletlerinde Anayasa yapımı sürecinde iki önemli ortak öğe öne çıkmaktadır (ES); İnsan Hakkın ve özgürlüklerini düzenleyen hükümlerin genişliği ve, anayasa mahkemelerinin hemen hepsinde kurulması. İnsim Hakları alanında uluslararası örgütlerce saptanan kurallara verilen önem ise, iki öğe arasında bağlantı sağlanmaktadır.

Böylece, Avusturya'dan Macaristan'a (16), Kelsen modelinin sürekliliği çizgisinde, Avrupa modeline "sadık" yeni bir Anayasa yargısı kuşağının ilk model "sınırları"nda oluşmakta olduğu Öne sürülebilir.

-
- (14) L. Favoreu. "La **Justice constilutimelV** in Diciomarie Constitutionel. P.U.F.. 1992 Paris, p.556-55X.
- (15) D. Gomieü. "**La mise en ovtvre du d mi t intenralional relatjf <MJX droits dr t'tunme rn Eumpe çent rai e et onenlak**", (R.I T.l J.H.). 21 decembre 1992, V.4. no 10-1 I p.377-386. Revue Üniverselle des Drons de L'lloüme.
- (16) Avusturya-Macaristan monarşisi (JS67-19tX)'ım ilk yılında 21 Aralık 1X67 Anayasasıyla kurulmuş »dan hıparaiurluk Mahkemesi (RcidisgerichJİ. anayasaca tanınmış ve güvence altına ulumuş olan haklan ihlal edilen yuriişlarm başvuru bulunabilmeleri nedeniyle, günümüzde de anayasallık denetiminin temeli olarak kabul edilir. Monarşinin çökmesinden sonra. 14 Eylül 1919 tarihli Yasayla İmparatorluk Mahkemesi yerine geçirilen Yüksek Anayasa Divanı'na, provens Meclislerince oylanana yasaların, yayınlanmadan önce uygunluk denetimi yel kişil verilmişti.

II- ANAYASA YARGISININ ÖRGÜTLENİŞİ VE İŞLEYİŞİ ÜZERİNE

Orta ve Doğu Avrupa Devletlerinde Anayasa Mahkemelerinin oluşum ve işlevini, Kelsen modeli ekseninde, kısmen de olsa karşılaştırmalı yaklaşımla gözden geçirdikten sonra, Doğu Avrupa'nın üç Devleti -Bulgaristan, Macaristan ve Romanya- üzerimde biraz daha ayrıntılı durulacak.

A) Karşılaştırmalı bir yaklaşım için Öngözümler (17)

L- Anayasa Yargısı Örgütü

Anayasa Mahkemelerinin oluşum biçimi, üyeleri belirleme kuralları ve görevlerine ilişkin ilkelerin bilinmesini gerekli kılar. Üyeleri belirleme bakımından, **seçim** ve **karma sistemler** aynım yapılabilir.

Macaristan'da, 15 anayasa yargıcı Ulusal Meclis tarafından 2/3 çoğunlukla seçilir. Polonya'da Anayasa Mahkemesi'nin 13 üyesi, Seym (Ulusal Meclis) tarafından salt çoğunlukla seçilir. Bu seçim sistemi, A İmim ya ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri ile İsviçre Federal Mahkemesi üyeleri için de geçerlidir.

Bununla birlikte, Avusturya, Belçika, İspanya ve İtalya olmak üzere Avrupa Devletlerinin çoğunun (IX) benimsemiş olduğu, atama ve seçimin birlikte varlığına dayanan anayasa yargıçılarının "karına" belirleme iari/j. Bulgaristan, Çekoslavya ve Romanya'da geçerlidir. Bulgaristan'da 12 Anayasa yargıcından 4'ü Ulusal Meclisçe, dördü Yüksek Temyiz Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi yargıçları genel Meclisince seçilir, dördü de Cumhurbaşkanı'nca atanır Romanya'da Anayasa Mahkemesi'nin 9 üyesinden üçü Millet

(17) Bkz. ve krş. Favtrey. Les (ours consitutionnelles. s.20-21; P. Gelard. "L'actualife cunstitutifon netle en URSS el au setti de la (El (ikivemİKe-decVHirc 1991) eti Europe de l'EST (tnvetitibre 1991-jatvier 1992)". R.l.-İM '.9. 1992. p.358-360.

Christiane GOt)At'l). "La (onir etMistitutinnnetç de la Reptititijue de İlmigrie" (â piraire dans RDP, 1993).

E. Özbudutt, Demokrasiye Geçiş Süreerimle Anayasa Yapıtın. Bilgi Y., 1993. s. 158-16S.

O. Pfersmatiti. "La loi cortsİlitutionneİJe no 9J dıt 27 levrier—", D. Rousseau. "La justice c<MIN-titutitionnelle vu Etropv. s,53-5X. D. Tuçitit. Droil constiluliotnel, s. 130-14X.

Ayrıca Bkz. ilgili Devletlerin Anayasaları ve Anayasa Mahkemelerine ilişkin yasalar.

(IX) Bunlara İ*X»1 Anayasası taral ndan öngörülen Türk sistemi de eklenebilir (tıd43).

Meclisince, üçü Senato tarafından seçilir, üçü de Cumhurbaşkanıca atanır. Çekoslovakya'da, Federal Meclis. Çek Milli Konseyi ve Slovak Milli Konseyi, 8'er adaylık bir liste kabul eder; Yasama Meclislerince seçilen 24 kişi arasından 12'si Cumhurbaşkanı tarafından Anayasa Mahkemesi üyesi olarak atanır (19).

Yasama meclislerine ağırlık veren karına sistem, Devlet organlarının bütününe katılımını sağlamaya öncin verir. Özellikle Federal Devletlerde.

Seçim sisteminin üstünlüğü, siyasal kuramların üçte iki ya da salt çoğunluğa siilîp olmaları çok güç olduğundan, çoğunluk partisini, yargıçların belirlenmesi konusunda pazarlık yapmaya zorlamasından ileri gelir. Siyasal uzlaşma, mahkemelerin aynı düşünce lülesinde tekelleşmesini önleyeceğinden, hukuki ve siyasal fikir akımlarının başlıca lar m m temsilini güvence altına ;ılır (20). Aslında halkın temsilcilerinin, kendi çalışmalarım yargıkunası gereken kişiliklerin belirlenmesine katılımı, anayasal adalete demokratik meşruiyet de kazandırır.

Fransa dışında bütün diğer devletlerde yargıç **seçilebilmek** İçin belli **koşullar** öngörülür. Çekoslovakya ve Polonya'da yargıçlar, en az on yıllık bir hukuk mesleği deneyimine .sahip hukuk formasyonu bulunan kişiler arasından seçilir. Bulgaristan'da ise. Anayasa en az 15 yıl hukuk mesleği deneyimini öngörür. Avusturya'da da yargıçların, hukuk öğrenimi görmüş ve en az on yıllık mesleki deneyimi bulunanlar arasından seçiliyor obuası. Doğu Avrupa Devletlerini Kelsen Modeline yaklaştırmaktadır.

Uygukunaya gelince: siyasetin profesyonellerinden oluşan Fransız Konseyi dışında diğer Anayasa Mahkemeleri üyeleri, hukuk meslek mensuplarından oluşmaktadır. Bununla birlikte. İspanya, Polonya, Çekoslovakya, İtalya ve Avusturya'da olduğu gibi Fransa'da, anayasa yargıçları olarak seçilen ya da atanlar masında çok sayıda hukuk profesörü bulunmaktadır (21). Bütün olarak bakıldığında. Anayasa Mahkemelerinin, başta hukukçular, ikinci derecede de seçkin politik şahsiyetler olmak üzere, iki kategori üyeden oluştuğu görüldür.

(19) 1982 Anayasası. üyelerin belirlenmesi inle Yasama organını "devre <ısj" bırakıldığından, öngördüğü seçim ve alanı» biçimini karşılaştırmalı sistem içine oturtmak güçleşmektedir (tu. 143).

(20) Rousseau, a.g.e., s.53.

(21) Rousse.au. a.g.e., s.58.

Görev süresi ve görevin gerekleri, anayasa yargıçlarının bağımsızlığını ve haysiyetini güvence altına alma amacını taşır ve statü kuralları içinde yer alır. Görev süresinin kısalığının riskleri bulunduğu gibi, bunun uzunluğu, dahası yaşam boyu üyelik, Mahkemeleri toplumun evriminden koparabilir (22). Avrupa Devletlerinin çoğu, "makul" sayılabilen süreler öngörmüşlerdir, Fransa, İtalya ve İspanya'da okluğu gibi, Bulgaristan, Macaristan ve Romanya'da 9 yıl; Polonya'da 8 yıl, Çekoslovakya'da 7, Portekiz'de ise 6 yıl. Bunlar arasında 12 yıl ile Almanya en uzun süreyi öngörmüştür. Ancak, görev süresi için sınır öngörmeyip emeklilik yaşım ölçü alan Avusturya, Belçika ve Türkiye'nin ayırık durum oluşturduğu söylenebilir. Görevin gerekleri ise. anayasa yargıçlarının ilke olarak üyelik dışı uğraşlarla bağdaşmazlığı ifade eder. Bulgaristan, Çekoslovakya, İtalya, İspanya gibi bazı devletlerde Anayasa yargıçları par(amelilerlerin sahip oklukları **dokunulmazlık'tan** yararlanır.

2.- Anayasa Yargısının İşleyişi

Anayasa Mahkemelerinin ilenelim tarzları, denelim idam ve kıuarlarınıın yaptuun gücü, işleyiş ve işlevlerinin çerçevesini belirler.

Çok sınırlı alanlarda geçerli olan a priori (önceden önleyici) denetim karşısında, Batı Avrupa Anayasa Mahkemelerinde olduğu gibi Doğu Avrupa Devletlerinde de, ortak hukuk **denetim tarzı**, a posteriori (sonradan bastırıcı)'dir.

Fransa dışında öteki Avrupa Devletleri dava yoluyla denelim yanında, itiniz yoluyla somut denetimi de uygular. Giderek yaygınlık kazanan üçüncü bir yol ise, bireysel başvuru üzerine denetimdir.

Bulgaristan'da soyut denetim için, milletvekillerinin beşle biri. Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Yüksek Temyiz Mahkemesi, Yüksek İdare Mıdikemesi ve Başsvacı Anayasa Mahkemesine başvuruabilir.

Yerel organlar ve merkezi organlar arasındaki yetkilerin paylaşımı konusunda uyumsuzluk ortaya çıktığında. Belediye Konseyleri de Mıükemeyi tahrık etme yetkisine sahip olurlar.

Romanya, önleyici ve bası inci denetim tarzlarınıı birleştirmiş bulunmaktadır.

Macuistan da, önleyici ve bastıncı Anayasaya uygunluk denetimini birlikte öngörür. Bastıncı denelim herkesçe islenebilir.

(22) Kr[^]. Romıssedii, a.g.ı*, s.59-60.

Çekoslovakya Anayasa Mahkemesi, geniş hastıncı denetim yetkileriyle donatılmıştır. Denetimi haşlatma yetkisi. Federal Cumhuriyet Cumhurbaşkanı, Federal Meclise. Federal Hükümete. Çek ve Slovak Ulusal Konseylerine, Çek ve Slovak Hükümetlerine. Federal Cumhuriyet Başsavcısına, Çek ve Slovak Cumhuriyetleri Başsavcıkuna, Federal Meclis, Çek Ulusal Konseyi ve Slovak Ulusal Konseyinin üye sayısının beşte birine ve görülmekte olan bir dava dolayısıyla Mahkemelere tanınmıştır.

Polonya'da yürürlüğe konan yasaların soyut denetim yetkisini kullanan Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı, Şeyin Başkanı, Parlamento Komisyonları, 50 milletvekili; Senato Başkanı, Senato Komisyonları veya elli senatör; Devlet Mahkemesi, Bakanlar Kurulu veya Başbakan; Yüksek Denetim Meclisi Başkanı; Yurttaş Hakları Denetçisi (Commissioner for Civic Rights); Yüksek Mahkeme Birinci Başkan; Yüksek İdare Mahkemesi Başkan; Cumhuriyet Başsavcısı tarafından tahrik edilebilir (m. 22) (23).

Bireysel Başvuru üzerine denetim yolu, Almanya, Avusturya ve İspanya dışında, yeni kuşak içinde yer alan Çekoslovakya, Macaristan ve Polonya'da da tanınmıştır. Polonya'da yurttaşlar, haklarına saldırı oluşturan yasama ve düzenleyici işlemlere karşı Anayasa Mahkemesine şikayette bulunma, hak iddiasında bulunma veya önerge verme olanağına sahiptirler. Bu başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu işlemi kemli denetimine tabi tutmaya karar verebilir. Çekoslovakya'da ise Alman Modeli anayasal başvuru hakkı, gerçek ve tüzel kişilere açık tutulmaktadır. Bireysel işlemler öne çıkarılmakta ise de. idari işlemlerin yanında, yasama ve yargı işlemleri de anayasa uyuşmazlığının konusunu oluşturabilecektir (24). **Macaristan'da** ise. bir sonraki başlıkta görüleceği üzere, anayasa şikayetinde bulunma hakkı herkese açık tutulmuştur.

Denetim alanına gelince; öncelikle belirtilmesi gereken bütün Devletlerde ulusal yasaları, karma yapıları devletlerde ise bölgesel yasaları; bazı devletlerde ise anayasal kanunları denetleyen anayasa mahkemeleri, yürütme **erkinden** kaynaklanan hukuki işlemleri denetleyebilmektedir. Almanya, Avus-

(23) Ayrıca, kanunda sayılan yere I yönel 11 iter, sendikalar ve meslek kurullarının m da "kendi yetkileri ni ilgilendiren a la ularda" denetimi ısı eme haktan varılır (m. 23).

(24) O. Priersmann. "La loi euissil il uf immuelle im 91 s. 169.

turya ve Belçika'da olduğu gibi, Bulgaristan, Çekoslovakya, Macaristan ve Polonya Anayasa Mahkemeleri, kararnameler, yönetmelikler ve idari kararların anayasallık denetimini yapabilirler. Uluslararası sözleşmeler de anayasallık denetim alanına girmektedir. Ancak Polonya. Türkiye gibi uluslararası anlaşmaları anayasa mahkemesinin yetkisi dışında tutmuştur.

Yasayıcının **ihmalleri** de anayasallık denetiminin konusunu oluşturabilir. Almanya, İtalya ve Portekiz Anayasa Mahkemeleri gibi Polonya Anayasa **Mahkemesi de** hukuki metinlerin yokluğunu denetlemektedir. Polonya Anayasa Mahkemesi, belli bir almıda yırsan m bulunmayışının anayasal hakların gerçekleşmesine zarar verdiğini beyan etmek için, kendiliğinden veya yurttaşların şikayetleri ve başvuruları üzerine harekete geçebilir.

Relermiş metinlerinin başında yer alan Anayasa'nın **geniş yorumu**, giderek yaygınlaşmaktadır (25). Anayasaları yorumlamak, anlamların belirlemek, hatta ilkelerden hak ve özgürlükleri çıkararak yeni anayasal hakimi "keşfetmek" yetkisi anayasa mahkemelerine aittir. Metinler üzerindeki çılışmadan hareketle anayasal ilkeler (eşitlik, orantılılık, rasyonellik) yaratarak, yargıçlar, denetimlerine bağh kılman metinleri değerlendirmede bunları emredici ilkeler haline getirmektedirler.

Anayasa mahkemesi kararlarının **yaptırım gücü** konusunda, Anayasaya uygunluk beyanı dışında, anayasaya **aykırılık bildirim**i Portekiz. Polonya ve Romanya'da sözkonusudur. Yasanın anayasal olmadığını beyan etmekle "sınırlanan" Anayasa Mahkemeleri'nin kararları. Parlamento tarafından üçte iki çoğunluk oyuyla (kaldırmak, değiştirmek ya da teyid etmek şeklinde) etkisiz kılınabilir. Anayasa Mahkemeleri, "yasa anayasaya, kararın gerekçelerinde belirtilen yorumlar kaydıyla aykırı değildir" biçimindeki formüllerle kısmen **anayasaya aykırılık beyanında** bulunabilmektedirler. Bu tip yorumlayıcı kararlar pratiğine hepsinde rastlamak olasıdır (26). Kİulsruhe ve Viyana'da olduğu gibi, Varşova ve Estergon'da da, anayasa yargıçları, koşula bağh anayasallık kararlarıyla, yasama organını, uygun beyan edilen yasanın değiştirilmesine davet etme yetkisine sahiptirler.

(25) Bkz. ve krş. FaVureti. Les cmirs conMıHriommetle.s s. 33 vd. RotiN.sea11. U1 juslice con.Miluiion- nelle en Eur>>pe. s. 36-37.

(26) Rous-k-an. a.g.e., s. 105.

Bir İki ayrıık durum dışında, bütün Anayasa Mahkemelerinin kararları, genel ya da "erga omnes" bağlayıcı hukuksal güce sahiptir. Tikel (particuliere) durumların geçerli olduğu Portekiz, Polonya ve Romanya'da, ulusal parlamentolar, anayasaya aykırılık kararını üçte iki çoğunluk oyuyla aşabilirler. Anayasa yargıçlarının kararlarını askıya alıcı veto biçimindeki bu yetki, son karar yetkisini halkın temsilcilerine bırakma, dolayısıyla halkın temsilcilerine üstünlük tanıma iradesini yansıtır (27). Çekoslavakya, "ara" konumda bulunur: Anayasaya aykırılık bildiriimi durumunda yasa askıya alınır. Parlamento bu yasayı anayasaya uygun hale getirmek için allı aylık süreye sahip; bu süre içinde herhangi bir tasarrufta bulunulmamışsa yasa yürürlükten kalkar.

B) Bulgaristan, Romanya ve Macaristan Anayasa Mahkemeleri

Üç Doğu Avrupa Devleti Anayasa Mahkemelerinin ne çıkarılması iki nedene bağlanabilir: birincisi, Bulgaristan ve Romanya Anayasa Mahkemelerinin yeni kurulmaları nedeniyle "tanınmıyor" olmaları, Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin ise, bunkır arasında en eskisi, takat un ilerisi olma özelliğiyle dikkat çekmesi, ikinci ise. Polonya Anayasa Mahkemesinin nispeten yerleşmiş bir konuma sahip olmasına karşılık Çekoslavakya Anayasa Mahkemesinin, Federasyonun bölünmesiyle iki ayrı Yüksek Mahkeme olarak örgütlenme gereğinin doğmuş olmasıdır (28).

(27) Kx\$. zbuikıı. Demokrasiye (ieçiş Sürecinde Anayasa Yapımı, s. 165; Rousseau. s. 109.

(28) Tablonun oluşturu iması için kaynak metinler: Bulgar ıslan'm 12 Temmuz 1991 Anayasasının ilgili bölmlen (md.147-152); 8 Andık 1991 Romanya Anayasasının ilgili hükümleri (ııd.140-145); Macaristan Anayasa Mahkemesini kuran 19X9 yılı XXXII saydı Kanun.

Bulgaristan, Romanya ve Macaristan Anayasa Mahkemeleri

. Bulgaristan

Oluşumu	(İçte biri üç yılda bir yenilenen 9 yıl süre için belirlenen ve yeniden seçilme olanağı bulunmayan 12 yargıç; 4'ü Cumhurbaşkanınca, 4'ü Millet Meclisince belirlenir; 4'ü ise. iki Yüksek Mahkeme (Yargıtay ve İdare) Genel Kurulunca kendi yargıçları arasından seçilir.
Tikel Koşullar	Mahkeme üyesi olabilmek için üstün ahlaki niteliğe sahip ve meslekten hukukçu olmak ve en az 15 yıllık mesleki deneyiminin kanıtlanması gereği.
Bağdaşmazlık	Yargıçlık görevi, hiçbir temsili görevle, hiçbir kamusal ve toplumsal işlevle ve hiçbir siyasal ve sendikal katılımla bağdaşmaz.
Mahkemenin Yetkileri	1) Anayasanın yorumu; 2) Yasaların, Parlamento ve C. Başkanı işlemlerinin anayasallık denetimi; 3) Değişik iktidar organlarının yetki kurallarına saygının denetimi; 4) Uluslararası anlaşmaların anayasaya uygunluğunun denetimi; 5) Partilerin ve siyasal derneklerin anayasaya aykırılığının denetimi; 6) C. Başkanı ve C- Başkam vekilinin seçim uyumsuzluğu; 7) Yasama seçimleri uyumsuzluğu; X) C. Başkanı ya da C. Başkam vekilinin suçlanması konusunda görüş bildirme.
Mahkemenin Harekete Geçirilmesi	Milletvekillerinin 1/5'i, Cumhurbaşkanı veya Bakanlar Kurulu; Yargıtay. Yüksek İdare Mahkemesi veya Cumhuriyet Başsavcısı. /Seçim uyumsuzluğunda ise. Seçim Kanununa göre./
Kararların etkileri	Anayasaya aykırı hükümlerin doğrudan yürürlükten kaldırılması. İki yüksek mahkemenin biri önünde kabul edilen anayasaya aykırılık itirazı durumunda yargılama prosedürünün askıya alınması
Kararların yayımlanması	15 günlük süre içinde Resmi Gazete'de yayımlanma mecburiyeti.

(Örgütlenişi ve İşleyişi) (29)

Romanya

Üçte biri üç yılda bir yenilenen. 9 yıl için belirlenen ve yeniden seçilme olanağı bulunmayan 9 yargıç; üçü Millet Meclisince, üçü Senato tarafından üçü de Cumhurbaşkanınca seçilip belirlenir.

Mahkeme üyesi olabilmek için, yüksek bir hukuki formasyonun, uzmanlık bilgisinin aranması dışında en az 18 yıl hukuk ya da yüksek öğretim faaliyetinin kanıtlanması gereği.

Hukuk yüksek öğretiminde yerine getirilen görevler dışında her türlü kamusal ve özel görevle bağdaşmaz.

- 1) Yasaların ısdarından önce anayasal ligi;
- 2) Meclis tüzüklerinin anayasallığı;
- 3) İtiraz başvurusuyla yasaların ve kararnamelerin anayasallığı,
- 4) Başkanlık seçim uyusmazlığı;
- 5) Başkanın engeliniin saptanması;
- 6) Başkanın görevinden alıkonulması konusunda görüş bildirme;
- 7) Referandum prosedürüne saygı ve sonuçlarının ilanı;
- 8) Halkın yasama girişiminin geçerlilik koşullanılını teyidi;
- 9) Siyasal partilerin anayasallığı;

- Cumhurbaşkanı, Meclislerden birinin başkanı veya Hükümet; Yüksek Adalet Divanı; 50 milletvekili veya 25 senatör (yasaların anayasallığı üzerine)
- Anayasanın revizyonu konusunda kendiliğinden.
- Meclis tüzüklerinin anayasallığı üzerine Meclislerden birinin başkanı, bir Parlamento grubu, 50 milletvekili veya 25 senatör.

Yasanın veya tüzüğün Parlamento ya geri gönderilmesi; üçle iki çoğunlukla Any. Mahkemesi kararı aşılabilir. Kararlar yalnızca geleceğe yönelik olarak geçerlidir.

Resmi Gazetede yayınlama mecburiyeti.

Macaristan

Parlamento'nun 2/3 çoğunluk oyuyla 9 yıllık süre için seçilen ve ikinci kez seçilme olanağı bulunan 15 yargıç.

Mahkeme üyesi olabilmek için üst düzey bir hukuki kuramsal sığfata -Univ. Prof, hukuk ve siyasal bilimler Dr.- veya en az 20 yıllık hukuk mesleği deneyimine sahip olma gereği.

"Bilimsel, eğitsel, edebi ve sanatsal etkinlikler" ayrı olmak üzere, her türlü kamusal ve özel görev, siyasal görev ve siyasal beyanlar.

- 1) Anayasallık denetimi: a) Önleyici dnt. -Yasa tasarıları ve M. Meclisi içtüzüğünün kabulünden önce Önanayasallık incelemesi; kabul edilen yasaların ısdarından önce anayasallık inceleme; uluslararası sözleşmelerin onaylanmadan önce denetimi, b) Bastırıcı denetim: -itiraz yoluyla denetim; dava yoluyla denetim: ihmal ile ortaya çıkan anayasaya aykırılık denetimi: bireysel başvuru üzerine denetim.
- 2) Anayasayı yorum yetkisi.
- 3) Uluslararası sözleşmelere uygunluk de ne tün i.
- 4) Devlet organları arasında yetki uyusmazlıklarının çözümünü.

- Anayasallık öndenetimi: Millet Meclisi sürekli komisyonları, 50 milletvekili, C. Başkam veya Bakanlar Krl.

- Bastırıcı denetim: herkes, yargıç ve C.savcısı (itiraz) - ihmal; herkes veya kendiliğinden.

- Bireysel başvuru; herkes,

- Yorum: M. Meclisi veya sürekli komisyon, B. Kurulu. Ç.Başkanı, Başbakan. Sayıştay ve Yüksek Mah. Başkanları!..
- Uluslararası söz.: kendiliğinden...

Öndenetim: anayasaya aykırılığı saptar.

Bastırıcı denetim: iptal eder.

İhmal; sorumlu organı göreve çağırır.

Bireysel başvuru: iptal.

Resmi Gazetede yayınlanır. Mahkeme, kararının etkilerinin başlangıç tarihini belirleyebilir.

III- ANAYASAL DEMOKRASİ : DEMOKRASİ'NİN "ARACI'MI?"

Halk Cumhuriyetlerinde rejimin dönüşümü ve hukukçuların yükseliş süreci eşanlı olmuştur. Sosyalist -yasattıktan hukuk devletine geçiş (A) biçimi, genel iradenin anlatımını da değişime uğratmıştır (B). Ne var ki, demokratik rejimin kuruluşu ancak "riskler"iyle (C) birlikte yol alınmaktadır.

A) Sosyalist Yasattıktan "Hukuk Devleti"ne

12 Temmuz 1991 tarihli Bulgaristan Anayasasının 1. maddesine göre. Bulgaristan Cumhuriyeti bir hukuk devleti olup Anayasaya ve ülkenin yasalarına göre yönetilir. Bulgaristan Cumhuriyeti, bireyin yaşamı, onuru ve haklarını güvence altına alır ve insanın ve sivil toplumun serbest gelişimine elverişli koşullar yaratır (30).

21 Kasım 1991 Romanya Anayasasına göre, "Romanya, insim onurunun, yurttaş hak ve özgürlüklerinin, insan kişiliğinin serbest gelişiminin, adaletin ve siyasal çoğulculuğun yüksek değerleri temsil ettiği ve güvence altına alındığı, demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir" (m.1, f.3) (31).

1949 Macaristan Anayasası, 23 Ekim 1989'da köklü değişikliklere tabi tutularak, yenisi hazırlanmaya değin yürürlükte kalacaktır. Buna göre, Macaristan Cumhuriyeti, bağımsız ve demokratik bir hukuk devleti olarak tanımlanmıştır (m.2, f.1).

Anayasa Mahkemeleri aktarılan hükmümler ışığından kurulmuştur. Anayasa Yargıçları, görev ve yetkileri çerçevesinde sadece Hukuk Devletinin kurucu öğeleri olarak değil, onu gerçekleştirme ve koruma mekanizması şeklinde de bir işlev üstlenmişlerdir.

(30) Fransız sisteminden esinle mi KM ne karşıtı. Bulgarisin 11 Anayasa Mahkemesi, örgütlenişi ve yetkilen bakını u Fransız Anayasa Konseyi'nden çok ileri bir yapıyı yansıtmaktadırlar.

(31) Romanya için <le Fransız etkisi geçerli olup, aynı şekilde Anayasa Konseyine göre daha ileri bir yapıyı yansıtır. Hatta Romanya'da, yasaların ana yasal lığı tın Yüksek Adalet Divanı tarafından denetlenen 11 tesitte ilişkin tıy bir gelenek mevcut olduğu halde Anayasa Mahkemesi'nin "icat" edilmiş olması eleştirilir. (Bkz. Brel, expose liistornjue coucemant levolution de la I eğişi atı on roumaine dans le douainie des droits de l'homme depuis le 22 decembre 19X9. par A. Vasilu, RUDH 1992. 2X9-391).

Hukuk Devleti mekanizmaları açısından Anayasası şimdilik en 'mütevazı' olanı, ancak Anayasa Mahkemesi Kanunu ile öngördüğü düzenlemeyle Macaristan, Yüksek Mahkeme'yi "Hukuk Devleti'nin sembolü ve güvencesi" yapmaktadır.

Bulgaristan ve Romanya Anayasa Mahkemeleri, esin kaynağı olan Fransız sisteminden çok Kelsen modelini yansıtır. Macaristan Anayasa Mahkemesi ise, bu modelin de ilerisine geçmiş bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemelerinin koruyucu rolü, hem Devlet açısından hem de bireyler bakımından geçerlidir.

1. * Anayasal Dengelerin Korunması

Bu işlev devlet açısından, kamu iktidarlarının korunması ve belli devlet organlarının belirlenmesinin denetlenmesiyle "anayasal dengelerin korunması" (32) biçiminde ifade edilebilir.

İlk anayasa mahkemeleri federal devletlerde kurulmuştu. Yetkilerin yatay ve dikey ilişkilerde paylaşımının güvencesi olarak görülen anayasa mahkemeleri, federal olmayan ancak 'Bölgeler'c gerçek siyasal karar yetkilerinin verildiği anayasal sistemlerde benzer işlevi üstlenmişlerdir. İtalya, İspanya, Portekiz ve hatta Belçika gibi. Bulgaristan ve Macaristan'da da anayasa yargıları, merkezi otorite ile yerel siyasal topluluklar arasında, ya da yerel siyasal birliklerin kendi aralarındaki uyumsuzlukları karara bağlar. Bu yetki siyasal özerk bölgelerin tanınması ölçüsünde önem taşımaktadır; Anayasa Mahkemeleri, siyasal sistemin parçalanmasını tahrik etmemek için hem Merkez'e fazla yatkın, hem de Bölgeler'e fazla yatkın kararlardan kaçınmak mecburiyeti ile bu kurucu ilkenin bekçileri olurlar.

Yetki uyumsuzluğu konusunda Macaristan Anayasa Mahkemesi, Devlet organları arasında, özerk yerel topluluklar arasında ya da Devlet organları ile yerel özerk birimler arasındaki yetki sorunlarını çözüme bağlamakla görevlidir. Mahkeme, Cumhurbaşkanını, cezai ve siyasal bakımdan vatana ihanet nedeniyle yargılar. Böylece Yüksek Mahkeme, iki kategori işleve sahip kılınmış oluyor (33): Hukuk Devletinin sembolü ve güvencesi; Devletin iyi işleyişinin güvencesi.

(32) RmisNeau, a.g.e.. > 116

(33) Gouaud. a.g.m.. s.24,

Parlamento seçimlerinin düzenliliğinin denetimini Anayasa Mahkemele-
rine verme yönünde genel eğilime uygun olarak Bulgaristan Anayasa Mahke-
mesi, Cumhurbaşkanının ve milletvekillerinin seçiminin yasallığa ilişkin
uyuşmazlıklar üzerinde karar vennekle yetkilidir. Buna karşılık Romanya
Anayasa Mahkemesi, sadece Cumhurbaşkanının seçim usulüne saygıyı kollama-
k ve sonuçlarını teyid etmekle yetkilidir. Bu sonucusu, referandum işlemlerine saygıyı gözetmekle de yükümlüdür.

2. - Hak ve Özgürlüklerin Korunması

"Anayasaca güvence altına alınan temel hakları korumak" Macaristan Anayasa Mahkemesinin dayanağını oluşturur (1989 Yasası Başlangıç kısmı).

Çoğulcu demokratik toplum ilkeleri arasında yer alan haklar ve özgür-
lükler, Anayasa Mahkemeleri tarafından, ortak ya da benzer yöntemlerle ko-
runmaktadır (34), Eşitlik ve orantılılık gibi ilkelerin geliştirilmesi, norm yarat-
ma yoluyla yeni hakların ortaya çıkarılması sonucu, Anayasa yargıcının
pretoryen rolüyle bir "hak ve özgürlükler ortak avrupa patrimuvanı" oluştur-
duğu söylenebilir.

Sorun, Anayasa Yargılarına değişen derecelerde İnsan haklarını koru-
ma işlevi tanıyan Doğu Avrupa Devletlerinde böyle bir ortak hukuk düzenine
katılınıp katılmayacağıdır.

Bu konuda Macaristan Anayasa Yargısı pratiği ilginçtir (35). Anayasa
Mahkemesi, bireylerle ilgili bilgilerin sınırsız kullanılmasının anayasaya aykırı
olduğunu beyan ederek, Parlamento'yu "Bilgi Koruma Yasası" çıkarmaya
mecbur kılmıştır (15/1991). Bir başka kararında İse, bütün idari kararların de-
netime tabi olduğuna hükmederek, hükümet ve parlamentoyu bu konuda yü-
kümlülük altına sokmuştur (32/1990), Yaşam ve onur hakkını yorumlayarak
ölüm cezasını kaldırmıştır (23/1990). Eşitlik ve onur ilkelerini yeni haklar ya-
ratacak derecede geniş yorumlayan Anayasa Mahkemesi, Hukuk devletinin
diktatörlük döneminde vukubulan olaylara ölçü oluşturamayacağı belirleme-

(34) İ.Ö. Kaboğlu, "Hukukun genel ilkeleri ve Anayasa Yargısı", Anayasa Yargısı, Ankara 1991, s.291-322.

(35) Gouaud, "La Cour constitutionnelle...", Stephen I. Pogany, "Human Rights in Hungary", Int. and Comparative Law Quartely, V.41, July 1992, p.466-482. L. Solyom, "Macaristan Anayasa Mahkemesinin toplumsal sistem değişikliği içerisindeki rolü", Anayasa Yargısı, Ankara 1993, s.287-301.

ünden hareketle, "zamanaşımına uğramış suçların cezalandırılması henüz zamanaşımına uğramamış suçların zamanaşımı süresinin kesilmesi veya uzatılması (nın), zamanaşımı engellenecekse yeni nedenlerin geriye dönük olarak ortaya atılması "nı anayasaya aykırı bulmuştur (36). Tarihsel nedenlerin günümüzde hukuk devleti güvencelerini veya böyle bir devletin tanıdığı hakları zedeleyemeyeceği ana düşüncesinden (37) hareketle, "Günlük siyasi hayattan uzakta çalışan ve bağımsız entellektüellerden oluşan anayasa mahkemesi eski haklara (hukuk mevzuatlarına) yeni yorumlar getirebilecek veya anayasada yazılı yeni hakları aktive edebilecek durumdadır (38).

Romanya ve Bulgaristan Anayasa Mahkemeleri pratiğini, çok daha yeni oluşu nedeniyle, şimdiden, değerlendirmek güç ise de, hepsi için geçerli özgül koruma alanları ya da kategorilerinin öne çıkmakta olduğu görülmektedir: geçmiş dönemi aşmanın hak ve özgürlükler açısından doğurduğu sorunlar, azınlıkların korunması ve yine, azınlıkların özgür bir toplumda kendileri hakkında karar verme hakkı (39).

Kıyası, İnsan hakları - Devlet diyalektiğinde, Batı'da hukukçular "Hukuk Devleti'nin derinleştirilmesi" işlevini sürdürürken, Doğu'da Hukuk Devleti'nin kurmaya çaba göstermektedirler. Hukukçuların "yükselişi" ile, Anayasa yargıçlarının süreklilik kazanan ya da yenilenen işlevi, bir bakıma sosyalist yasallıktan hukuk devletine "doğrudan" geçiş, genel iradenin dönüşümünde anlatımını bulur.

B) Genel İradenin Dönüşümü

Çekoslavakya Anayasa Mahkemesi Kanunu, Anayasa Mahkemesine tamamen tikel bir yetki vererek, bu Yüksek Yargı organının yasama prosedürüne katılabileceğini öngörüyor (m.18, f.2). Örgütlenme biçimini ve harekete

(36) Tasfiye Kanunu, belirsiz, kaypak ve az güven verici bulan Yüksek Mahkemeye göre, "geçmişte işlenen bir suç, günümüzde yargılanamaz, (söz konusu) filleri cezalandırma sorumluluğu eski rejimindir. Birey değil, sadece Devlet suçlu olarak düşünülebilir" (Gouaud, "La Cour constitutionnelle...", p.27).

(37) Solyom, "Macaristan Anayasa Mahkemesinin...", s.297.

(38) Solyom, s.300.

(39) Rudolf Machacek, "Temel hak teinini ile politika arasındaki gerilimli alanda anayasa yargısı", Anayasa Yargısı, Ankara 1993, s.48.

geçirilme prosedürünü düzenleyecek olan yasa için Anayasa Mahkemesinin kendisi yasa tasarısı sunabilecek. Yüksek Mahkeme, olası reformlar için de inisiyatifi elinde bulunduruyor (40).

Daha genel olarak, yasama organı artık genel iradenin oluşumunu tekelinde tutmadığından, yasanın Parlamentonun eseri olduğu şeklindeki klasik anayasal anlayış bugün aşılış bulunmaktadır (41). Yürütme, bütün Avrupa Devletlerinde, yasama metnlerinin tümüne yakınının inisiyatifine sahiptir; fiilen ve hukuken meclislerin gündemine hakim olmaktadır. Parlatenter çoğunluğun güvenine dayanan hükümet, idare'nin yardımıyla siyasal programını yasa tasarılarına dönüştürmektedir (42). Bu tasarıların içeriğini ve yerindelğini tartışan parlamento, genel oyun güvenine dayanarak, yasaları oylama ve değişürme iktidarını korumaktadır. Anayasa Mahkemesi ise, belli yasama hükümlerini yürürlükten kaldırabilir, yasanın anlamını açıklığa kavuşturabilir; yasanın uygulama tarzlarını belirleyebilir, etkisini sınırlayabilir veya genişletebilir; hatta yeni hükümlerin kabulünü yasayıcıya öğütleyebilir.

Kelsen, yüzyılın başında, anayasa yargıçlarınca bir yasanın iptalinin, onları "olumsuz yasayıcı" (İğgislature negatif) yaptığını doğruluyordu (43). Kelsen'e göre, bir yasayı iptal etmek aslında bir genel kural koymaktır. Bu genellik özelliği, yasanın yasayıcı tarafından yapılmasının genelliğiyle eş düzeydedir. Aradaki fark, birincisinin olumsuz bir işleme gerçekleştirilmesidir. Şu halde yasaları iptal etme erkine sahip bir mahkeme, yasama İktidarı kullanan bir organdır. Kelsen, bu olguyu, yasama erkinin iki organ arasında bölüşürülmesi olarak yorumlamaktadır.

(40) Aktaran O. Pfersmann, "La Cour constitutionnelle..." s. 170.

(41) Krş. Rousseau a.g.e., s. 141-145; M.Tropper, "Justice constitutionnelle et democratie", s.40-47.

(42) Bizde bile, Parlatentoca "itibar kazandırma sürekli söylemi, Hükümetin yasama gündemine hakim olmasını engelleyememiştir. Hatta, Hükümet, yürütme görevine ilişkin etkinliklerinden çok yasama faaliyetine yönelik icraatı (Üniversiteler. Radyo-TV gibi reform kanunları) yönünden izlenmektedir.

(43) II. Kelsen, "La garantie juridictionnelle..." s.224-227.

Birinci kuşaktan üçüncü kuşağa giden yolda anayasa yargıçlarının yükselişi sonucu, Mahkemeler artık bir yasaya hayır demekle sınırlanmıyorlar; çoğun, "ara" kararlar vermeyi yeğliyorlar: bunlar, değişik yorumlama teknikleriyle yasayı tamamlıyor; Parlamentosu yasasına belli bir biçimde içerik vermeye davet ediyor. Sonuç olarak, anayasa yargıçları, aynı zamanda, "olumlu yasayıcı" (İĖĖİslateur positif) ya da en azından "eş-yasayıcı" (co-lögislateur) durumuna geliyorlar (44).

Macaristan'da yeni Anayasa ile eski hukuk düzeni otomatik olarak geçersiz ilan edilmediği için, eski hukuk kurallarını "ayıklama" görevi Anayasa Mahkemesine verilmiştir (45). Benzer görevin kendisini "eşyasayıcı" nitelendirmeye yol açan İtalyan Anayasa Mahkemesine de verilmiş olduğu gözönüne alındığında, Macaristan Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkilerinin çok daha geniş oluşu, onu haydi haydi "olumlu yasayıcı" konumuna sokmaktadır. Geçiş ülkelerinde Anayasa Mahkemeleri, hukuku düzeltme (46) işlevini üstlenmişlerdir ya da "dikta rejiminden barışçıl şekilde hukuk devletine geçiş"i (47). Macaristan Parlamentosu, "gücünün anayasa mahkemesinin kontrolü ile sınırlandırıldığını gittikçe büyüyen bir anlayışsızlıkla öğrenmekte" (48); Polonya'da ise, Parlamento üçte iki çoğunlukla kararlarını aşabildiği halde Anayasa Mahkemesinin ağırlığı kurulmuş bulunmaktadır (49).

Post-sosyalist devletler Anayasa Mahkemeleri, "ne kendi geleneklerine ne de diğer devlet organlarının anayasal uygulamalarına bağlıdırlar" biçimindeki saptama (50) da, yeni dönem yargıçlarının yaratıcı bir erk kullanmakta olduklarını doğrular.

(44) Anayasa Mahkemelerinin normatif iktidarı üzerine bkz.-. M. Cappelletti, *Le Pouvoir des Juges, Economica-PUAM*. 1990. B. Çağlar. *Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Problemi*". s. 137-187. L. Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, PUF, 1986. D. Rous.sv.iu, *La justice constitutionnelle en Europe*.

(45) Soylum, "Macaristan Anayasa Mahkemesinin,..", s.288.

(46) R. Maclacck, "Temel hak temini ile politika...", s.57.

(47) Solyom, s.297.

(48) Solyom, s.289.

(49) Machacek, s.49.

(50) Solyom, 300.

Normların oluşumuna katkıda bulunmak için kurumlar arasında ortaya çıkan yarışmacı ilişkiler zinciri, yasanın anlatımını da dönüşüme uğratmıştır. Yasanın, Parlamento tarafından ifade edilen genel iradenin ürünü olması, onun yapım sürecine katılan farklı kurumlar arasında ortaya çıkan "yarışmacı" sistemin sonucu olmasından daha azdır. Yeni Anayasa Mahkemeli Devletler için de bu hipotez geçerli olduğundan, Kelsen Modeli "sınırlarTnda genel iradenin üstünlüğüne dayanan "Yasal Devlet" olgusunun yaşanmadığı öne sürülebilir. Çünkü, oralarda, yasada açıklanan genel irade artık yalnızca parlamenter çoğunluğun iradesi değildir.

Yasama yetkisinin paylaşımında, hukukçuların ağırlığı Doğu'da, Batı'dakinden daha çok. Çünkü Anayasa Mahkemeleri, Batı'daki gibi karma kökenli üyelerden değil, Kelsen Modeli "sınırlarTnda yalnızca "hukukçularla kurulmuştur.

Hukukçuların yükselişi ya da hukuka dönüş, Doğu'da Hukuk Devleti'nin kurulması, Batı'da ise, Hukuk Devleti'nin derinleştirilmesi süreçlerinde anlam kazanmaktadır. Anayasal sistemin dönüşümünde ise, bir yandan hukukun anayasallaşması, öte yandan politikanın anayasallaşması olguları ortaya çıkmaktadır (51). Bireysel başvuru hakkının tanınması ve denetimin yasa dışındaki işlemleri de kapsamına almasıyla, anayasa yargıcı olağan bir davaya müdahale edebilmektedir. Aynı şekilde, önceleri siyasal kişiliklerin yetki tekelinde olan siyasal sorunlar, artık kolayca anayasa mahkemeleri önünde hukuksal sorunlara dönüştürülebilmektedir (52).

Yasaların anayasallığın denetimi, hukuk devletinin ana ölçütüdür ve onu "yasal devlet" in yerine geçirme koşuludur.

Anayasal demokrasinin hukukçuların vazgeçilmez katkısıyla kuruluşunun kendine özgü riskleri de yok değildir.

(51) J. Chevalier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, E.J.A., 1992, p. 142-150; D. Rousseau, a.g.e., s. 147-148.

(52) Kuşkusuz bu sorunun sadece anayasa yargısı açısından görünümü olup, 80li yıllarda, kurumlar, kurallar ve haklar yönünden ve genel olarak toplumsal yaşamda daha büyük önem kazanmasıyla hukuk gücüne dönüş de not edilebilir. Krş. Chevalier, s.141-142.

C) Anayasa Mahkemelerinin Güçlükleri

Anayasal sistemin başarısı, bu Mahkemelerin görev yapacağı toplumsal, siyasal ve hukuksal bağlama da bağımlı olduğundan ihtiyatlı olmak gerekir, Doğu Avrupa toplumlarının etnik, dilsel ve dinsel farklılıkları, Anayasa yargıçları için potansiyel risk oluşturmaktadır. Zira, azınlık haklarına saygıyı sağlamak onlara düşmektedir; örneğin Romanya'da Macar azınlık, ya da Bulgaristan'da Türk azınlık üyelerine "eşit haklar" tanımaya karşıt kamuoyu bulunduğu halde (53). Macaristan'da bireysel başvuruların çoğunluğu, bu ülkede oturan "herkes için ayırım yapmama genel ilkesi"ni dayanak almaktadır (54). Bu ilke, aynı hak ve özgürlüklerden bütün yurttaşların yararlanmasını güvence altına almak biçiminde ifade edilebilir. Yeni parlamenter çoğunlukların, komünist partilerin eylemini yasaklaması ya da sınırlaması, eski ve yeni üyelerine kamu hizmetlerine girişi önlemesi yönündeki tasarruflarını denetleyecek olan da Anayasa yargıçlarıdır. Demokratik olmayan bir devlet aygıtının hukuk devletine dönüştürülme aşamasında göreve başlayan Anayasa Mahkemeleri ile Parlamento arasındaki gerginliklerde "geçmiş aşma"nın yükü gözardı edilemez (55).

Bununla birlikte, Anayasa yargıçlarından geleneksel olarak beklenen işlevlerin, siyasal çelişkilerin banşlandırılmasına, toplumun uyumuna, çoğunluk ve muhalefet arasındaki ilişkilerin düzenlenmesine katkıda bulunmak olduğu gerçektir. Bu işlevlerin kendisi de, anayasallık denetiminin başarısında zorunlu koşullardır. Aslında Mahkemelerin etkinliğinin gelişimini "nazik" kılan etmenler, aynı zamanda bunu sağlamak için vazgeçilmez etmenlerdir (56).

(53) D. Rousseau, a.g.e., s.31.

D. Turpin, Droit constitutionnel, s.656-657.

Azınlıklar sorununun Balkan ve Doğu Avrupa Devletlerinin en duyarlı sorunu olduğu bilinmektedir. Örneğin Macarların yüzde 30'u Macaristan dışında yaşamaktadır. Bulgaristan nüfusunun yüzde 10'unu ise Türkler oluşturmaktadır.

(54) Gouaud, a.g.m., s.26.

(55) Bkz. Madıacek, a.g.m., s.48-49; Solyom, a.g.m., s.287 vd.

(56) Rousseau, s.32.

Macaristan ve Polonya Anayasa Mahkemelerinin ilk sınavı olumlu yönde verdikleri kararlarından gözlenebilir, Bulgaristan ve Romanya için, kuramların çok yeni oluşu, benzer gözlemi güçleştirmektedir.

Ne var ki, Anayasa Mahkemelerinin işleyişlerini güçleştiren etmenler, toplumsal ve siyasal ortam ve koşullarla sınırlı değildir. "Teknik" sayılabilecek nedenler de sorunlar doğurabilir. Görevlerinin fazlalığı ve başvuru olanağının geniş tutulmuş olması, yani hukukun ve politikanın anayasallaştırılması, Anayasa Mahkemelerinin tıkanmasına yol açabilir. Başvuru sayısının giderek artması ve iş yükünün ağırlaşması yönünde Macaristan Anayasa Mahkemesinde şimdiden sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır (57). Benzer riske Çekoslavakya için de işaret edilmektedir (58).

(57) Gouaud, a.g.m., s.25-26,

(58) Pfersmann, a.g.m., s. 170,

SONUÇ

Bütün Avrupa Devletlerinde, ve yenilerde diktatörlükten çıkan Doğu Avrupa'da Anayasa Mahkemeleri, demokratik idealin modern çehresi olarak halkın seçtiklerine oranla genellikle daha iyi bir kanaatten yararlanırlar (59). Anayasa yargısının yükselişi, klasik demokrasinin temsili mantığını bozan iki ögeyi getirmiştir. Yasa artık anlamını seçilenlerin iradesinde değil, anayasa yargıçlarının yorumladıkları ve buyurdıkları biçimde Anayasa'da buluyor. Sonra bireyler, iki seçim dönemi arasında temsilcilerinin yasama çalışmalarını anayasa mahkemelerine başvuru olanağı ile denetleyebiliyorlar. Bu İki öge, yeni bir demokrasi anlayışını ifade eder; "genişletilmiş demokrasi" (60) ya da "sürekli demokrasi"yi (61).

Adlandırma nasıl olursa olsun, anayasa yargıcının varlığı demokratik gereğin gerçekleşme aracı olarak görünüyor, önleyici bir denetim mekanizması, yasanın oluşumuna katkıya götürür, sonuçta genel iradenin ifadesine katkıya. Anayasa yargıcısı, bireylerin hak ve özgürlüklerine saygı konusunda çoğunluğun yarasını dengelemekle sınırlı kalmıyor, ama aynı zamanda seçim dönemleri dışında yönetenlerin faaliyetlerini denetleme olanağı sunuyor (62).

Anayasa yargıcının örgütleniş ve işleyiş biçimi bir Anayasal demokrasiden sözetmemize olanak vermektedir. Batı'da kurulmuş olanın güvencesi olarak, Doğu'da ise aynı zamanda demokratik rejimi kurmak için.

Bulgaristan ve Romanya Anayasa Mahkemeleri, esin kaynağı olan Fransa'nın çok ilerisine giderek Kelsen modeline yaklaşmıştır. Alman ve Avusturya Anayasa Mahkemelerinden esinlenen Macaristan ise, Kelsen modelinin ilerisine geçmiştir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi, "Orta Avrupa'da bir model olmaktan öteye geçerek bir Örnek oluşturmaktadır" (63).

Kelsen modelinin "sınırlan"nda, Anayasal demokrasinin kendisi "demokratik rejim" in aracı işlevi görmüyor mu?

(59) Rousseau, a.g.e., .s. 153.

(60) Chevallier, L'État de Droit, s. 150-151. L. Cohen-Tanugi, Le Droit sans Etat, Paris, PUF, 1985.

(61) Rousseau, s. 156.

(62) Chevallier, s. 151; Rousseau, s. 156; Tropper, a.g.nı., s. 42 vd., 47.

(63) Gouaud, a.g.m., s.26.