

AVRUPA YENİ MEKANINDA KURUMSALLAŞMA: HUKUK VE DEMOKRASİ

Prof. Dr. Bakır ÇAĞLAR*

BAŞLARKEN

“Avrupa yeni mekanı’nda kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi” başlıklı bu çalışmanın konusu, “Uluslararası” anayasal teorisinin “Hegelci Profili”nde ve “Milli egemenlik” anlayışında (1) görülen değişimlerdir.

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

Bugün, klasik düşüncede, halk egemenliğinin ifadesi, Parlamentonun yasama yetkisi, lktidara tırmayan yeni kurumlarca kayıtlanmakta, Devlet’de yeni yapısal değişimler sonucunda, kararlar tek merkezden üretilmek yerine, milli-üstü merkezlere ve bugüne kadar Devlete bağlı düşünülen yerel merkezlere kaymaktadır.

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

(*) İ.U.H.F. Öğretim Üyesi.

(1) P. Bouretz “Souveraineté”, in . . O. Duhamel, Y. Meny. (éds.) *Dictionnaire Constitutionnel*. PUF.. Paris 1992. s. 989 vd.
(2) Bk. A. Bähr., “Malaise dans l’Etat-nation”, *Le Monde diplomatique*. Février. 1992.

BÖLÜM BİR

İKTİDAR PARÇALANMASI VE ULUS-DEVLET'İN İKİLİ KRİZİ

ANAYASA TEORİSİNDE "HEGELCI PROFİL"İN YA DA ULUS-DEVLET MEKANLI ANAYASA HUKUKUNUN SONU

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

1. Ulus-Devlet'in krizi ve "Hegelci Profil"in Sonu.

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

- (3) Egemenlik krizi konusunda bk. B. Cubertafond. "Souveraineté en Crises?". RDP., 1989 S. 1273 vd.; G. Hermet. *Le Peuple contre la Démocratie*, Fayard, Paris. 1989.
(4) Devlet teorisinde Hegelci profil için bk. M. Miall. *L'Etat de doit*. Maspero. PU. de Grenoble. 1978. s. 161 vd.
(5) Bu konuda özellikle bk. *L'intégration économique*. dir. F. Laursen. RİSA. 1991. s. 589 vd.

"Avrupa Ekonomik Mekanı" (Espace économique européen, EEE), Luxembourg Mahkemesi'nin bu mekanda bağımsız bir yargı yerinin kurulmasını reddeden 14 Aralık 1991 tarihli kararından sonra 14 Şubat 1992 uzlaşması ile. Toplulugun 12'leri ve "Avrupa Serbest Ticaret Birliği (EFTA)" (Association européenne de libre échange. AELE) 7'leri arasında kurulmuştur. Bu gelişme. 10.000 sayfalık topluluk yasasını kabul etmek zorunda kalan AELE üyeleri için Parlamenten kendine yeterlik ve egemenliğinde sonu demektir. Bk. *Le Monde*. 11 Février 1992.

"EFTA Devletleri ile Türkiye arasında Anlaşmanın onaylanması uygun bulunduğu dair kanun: 24.3.1992 de kabul edilmiş ve Türkiye, arka kapıdan olsa da Avrupa Ekonomik Makamı'na gitmiştir.

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

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

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

- (6) Cf. **Mialle**, L'Etat de droit. op. cit. s. 168. Ekonomik bütünlşmenin yeni hukuki mimarisini için bk. R. Ergeç, "Les valeurs communes européennes et les droits de l'homme". Revue des droits de l'homme. Human Right Review. 1992. s. 5 vd.
- (7) Bu konuda bk. Y. Madiot, Droits de l'homme. Masson. Paris 1991. s. 216 vd.; C. Leclercq., Libertés publiques. Litec. Paris 1991. s. 131 vd.
- (8) Öylesine ki, 25 Şubat 1992 tarihinde, ticaret ve gelişme konusunda düzenlenen Birleşmiş Milletler Konferansında, Birleşmiş Milletlerin üçüncü dünyacılı eğilimlerini başlatmak için MEA CLUPA'sına tanık olmuş. "Şimdiye kadar piyasa ekonomisinden daha iyisi keşfedilmedi" düşüncesi Konferansa hakim olmuştur.
- (9) Bu konuda bk. D. Quinty., G. Jolly., "Le rôle des parlements européens et nationaux dans la fonction législative". RDP. 1991. s. 393 vd; H. Grond. "Les délégations parlementaires pour les communautés européennes. Adaptation des assemblées au processus de construction européenne?" RDP. 1309 vd.; St. Pierré-Caps. "L'adaptation du Parlement français au système communautaire". RFDC. 1991. s. 233 vd.
- (10) Bu konuda karşılaştırmalı bir analiz için bk. D.B. Walker. "La décentralisation: tendances et prévisions dans une perspective gouvernementale comparative". RISA., 1991. s. 129 vd.

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

Bu bölünme ve uzlaşmazlıkların barışçı çözümü için, milletlerarası mekanda, yeni bir cihazlanmaya gitme arayışı da şöklenmeye başlamıştır.

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

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

1.1. “**Irlandalı Kız**”ın dramı. Katolik İrlanda Anayasası’nda din-sel yasaklar ve “**Maastricht Avrupası**”.

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

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

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

Katolik Írlanda Anayasası'nın (13), gebeliğin iradi kesintiye uğratılması (GÍKU) yasağı getiren 40.3.3. maddesi (14) Maastricht Antlaşmasına bir protokolle eklenmiştir. Írlanda Yüksek Mahkemesinin "Írlançalı Kız Vak'a"sında, 26 Şubat 1992 tarihinde verdiği tarihi karar bu protokolün değiştirilmesi istegini gündeme getirmiştir. Dinsel yasaklamalara imkan tanıyan bir düzenlemenin Maastricht Anlaşması konusunda yapılacak referandumda oyları böleceği düşünülmüştür.

Topluluk Mahkemesi, gebeliğin iradi kentiye uğratılması yasağını, adını koymadan, Topluluk Kurucu Sözleşmesine aykırı bulurken, bu hukuki problem İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin de önüne gelmiş, Írlanda bu dava sırasında Anayasasının 40.3.3. maddesinin farklı yorumlanabileceğini kabul etmiştir. Írlanda Yüksek Mahkemesi'nin beş yargıcından üçü, Írlanda Anayasası'nın konu ile ilgili düzenlemesinin Topluluk Hukukuna uygunluğu konusunda ciddi şüphelerini 26 Şubat tarihli karar sırasında açıklamış (15), Mahkeme, annenin hayatını koruma adına GÍKU'na imkan tanımıştır.

"Írlandalı Kız" Vak'ası, Avrupa yeni mekanı değerler sisteminin sosyal dokuya nüfuzunun tipik örneklerinden sadece biridir.

1.2. Avrupa yeni Mekanı'nda "Duvar" Politikaları.

Devlet'in bütünlendirici fonksiyonunda eksilmeler görülen mekanlarda yeni "Duvar Politikası", hak ve hürriyetler anlayışı için bir tehdikedir.

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

-
- (13) Bk. Írlanda Anaya Başlangıcı: "In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all autoritl and to whom, as our final end, all actions bot of mem and States must be referred. We the people of Eire. ... Do hereby adopt, enact, and give to to ourselves this Constitution". Írlanda Anayasası "Başlangıç".
 - (14) Bk. J.M. Kelly, *The Irish Constitution*, University College, Dublin 1984 (2. ed.). s. 427 vd. (GÍKU) yasağı, 1983'te, halkın üçte ikisinin tercihi ile Anayasaya konan 8. Ek'le getirilmiştir: Devlet fótus'un hayatı koruma yükümlülüğü altındadır.
 - (15) Bk. N. Dubois, "La jeune fille írlandaise et Maastricht. suites". *Libération* 27 Mars 1992.
 - (16) "Reps"ler 1989 ilkyazı Avrupa Parlamentosu seçimlerinde. Federal Alman Cumhuriyeti'nde oyların % 7.1'ini almışlardır.
 - (17) M. Scotto, "Les liaisons orageuses de l'extreme droite". *Le Monde*, 18 Février 1992. Ayrıca Bk. A.M. Duranton., Crabol. *L'Europe de l'extreme droite. De 1945 à nos jours*. PUF. Paris. 1991.

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

Batı Avrupa Siyasi establishment'ının "Kara Nisan" olarak hatırlayacağı son seçimlerde (19) Topluluk halkın yarısı oy kullanmış, genel yararı temsil eden partilerin ağırlığı azalırken, özel yararları temsil eden partilerin ağırlığı artmış, aşırı-sağ'ın oyları da büyümüştür. Fransa'da "Front National" solun gerilemesinden yarananırken, Almanya'da aşırı sağ bölgesel Parlamentolara girmiş, Kuzey İtalya'nın populaist "Birlik"leri (Ligues) oylarını arttırmıştır.

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

2. Milli Egemenlik kavramı değişirken.

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

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

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

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

(18) Le Monde 7 Avril 1992.

(19) Bk. A. Duhamel, "L'émergence du fait minoritaire". Le Monde. 19-20 Avril 1992.

(20) Libération 17 Avril 1992.

(21) J. Bruère. Demain la Paix, Paris 1945.

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

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

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

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

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

Kararın kilit-problemlerinden biri, Avrupa bütünlüğüne sürecinde, Konsey'in oybirliği ile alınan kararlarla, oyçokluğu ile alınan kararlar arasında yaptığı ayırmadır.

Konsey Maastricht sözleşmesinin üç ana unsuru, “*Avrupa vatandaşları*”nın Fransada yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkı (27)

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

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

Anayasa Konseyi, 1946 Başlangıcı'nın, Fransız Cumhuriyeti “mil-letlerarası kamu hukuku kurallarına uyar” prensibinin onaylanan Avrupa sözleşmelerine bağlılığı getirdiğini tesbit etmiş, ulusal egemenliğin sınırlarını da çizmiş, yetki devrine de belli ölçüde imkan tanımiştir.

“sous réserve de réciprocité”, le “respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle (...) à ce que la France puisse conclure (...) des engagements internationaux, en vue de participer à la création ou au développement d'une organisa-tion internationale permanente dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétence consentis par les Etats membres”

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

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

-
- (28) Ulusal egemenlik prensibi ve Fransız Anayasa Konseyi jürisprudansı için bk. **B. Gene-vois**, *La jurisprudence du Conseil Constitutionnel. Principes directeurs*. STH. Paris 1988, S. 363 vd.; Cf. **Th. Brehier**, “De Maastricht à la révision de la Constitution”, *Le Monde* 11 Avril 1992.
- (29) Konseyin 30 Aralık 1976 tarihli kararı için bk. RDP., 1977, S. 129, note Favoreu, Philip; D. 1977. J. 201 note Hamon.; **C. Franck**, *Les grandes décisions de la juris-prudence. Droit constitutionnel*. PUF., Paris 1978. S. 40 vd.; **B. Çağlar**, *Anayasa Bilimi*. İst.. 1991. s. 252 vd.

Maastricht Antlaşmasının onay aşamasında (30), Anayasa Konseyi Kararı, "J. Bodin ve Ocak 1993" Davası'nın variş çizgisini belirleyici bir karardır.

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

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

3. Folklor'dan Senfoniye. Beethoven'in 9. Senfonisinin Prelüdü ve "Bölgeler" Avrupası.

3.1. "Bölgeli Devlet" formülü ve "Bölgeler Avrupası"

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

(30) Avrupa Parlamentosu Maastricht anlaşmaları 7 Nisan 1992 de 62 karşı. 31 çekimser oya karşı 226 oyla onaylamıştır. Parlamento kararının temelini teşkil eden Martin-Herman Raporunda. Birlik Antlaşması "demokratik-parlamentter açığı" gidermekle suçlanmıştır. Bk. Libération 8 Avril 1992.

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

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

(32) Bk. L'Express. 6 Mars 1992.

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

kının tanınması da düşünülmüştür. Avrupa yeni mekanında “**Bölgeler**” gerçeği, uzlaşmacı siyasi kültürün hazırlayıcısı olurken, **Merkez-Çevre** münasebetlerini de yenilemiştir.

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

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

Budapeşte Merkezi Avrupa Enstitüsü Direktörü C. Kiss'in yazdığı gibi, belki de, standartlaştırılan bir Avrupa mekanı karşısında “etnik mozaik”的 korunması gereklidir. Bunun için de bölgeselligin geliştilmesi Avrupa yeni yapılanması çerçevesinde düşünülebilecek çözümlerden biridir (38).

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

(34) Cf. G. Carcassonne, “Les ‘nationalités’ dans la Constitution”. Pouvoirs. 1978. S. 117 vd.; M. Pastor Lopez, Changements structuraux dans l'Etat Espagnole. Les phénomènes de régionalisation. Association internationale de science politique. XIII Congrès mondial. Paris 1985.

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

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

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

(38) C. Kiss. “Plaidoyer pour les minorités”. Libération. 28 Février 1992.

(39) Bk. M.A. Bastenier. “Catalanisme aérostatique”, Libération. 20 Mars 1992.

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

3.2.1. Fransız Anayasa Konseyi'nin "Korsika'nın Statüsü" Kararı.

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

Anayasa Konseyi, "Fransız halkı" kavramının anayasal değerini ve bölünmezliğini doğrulamış, İhtilal mirası, ayrım gözetmeksiz fertlerin -yurttaşların- bölünmez bütünü "fransız halkı" (*peuple français*) ni meydana getirir prensibini korumuştur.

Anayasa Konseyi'nin kararı iki kaziye üzerine kuruludur: Anaya-sa sadece bir halk tanır; ve bu halk "vatandaşlar", ayırmsız fertlerden, kuruludur.

Anayasa Konseyi, "fransız halkı" kavramının, Anayaçallık blo-kunun kurucu unsurlarında getirdiğini hatırlatmış ve bu kavramın anayasal süreklilik içinde korunduğunu not etmiştir (41): Sonuçta "fransız halkı" hukuki konsepti anayasal değerdedir. Anayasa Konseyi kararının felsefesini ifade eden bu tesbit iç hukukta "azılık"ların anayasal varlığının reddidir (42).

Anayasa Konseyi'nin "Korsika'nın Statüsü" kararı (43), azılıklara özel statü tanıyan federal ya da Üniter Devletler anayasal düzenle-

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

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

(42) Cf. B. de Witte. "Minorités nationales; reconnaissance et protection". Pouvoirs 1991. S. 116 vd. Fransa bir yorum beyanı ile Birleşmiş Milletler Paktının 27 maddesini. Anayasa ile azılık tanınmadığı gereği ile uygulama dışı bırakmıştır.

(43) Anayasa Konseyinin kararının farklı yorumları, içtihatda süreklilik ve farklılaşma tezleri için bk. Jurisprudence du Conseil Constitutionnel. chr. RFDC. 1991. s. 475 vd. Ayrıca bk.; R. Etien. Jurisprudence constitutionnelle: indivisibilité du peuple français. Nouveau statut de la Corse. Revue administrative. 1991. s. 234; B. Genevois. Le contrôle de constitutionnalité du statut de la collectivité territoriale de Corse. Revue française de droit administratif. 1991. s. 407 vd.; T. Michalon. Une voie pour

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

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

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

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

3.2.2. Türk Anayasa Mahkemesi ve "**Sivil Barış'ın Anayasal Düzeni teorisi**"

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

la Corse; la spécialité législative. Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale. 1990. s. 75. vd.. D. Rousseau. La constitutionnalité d'un statut propre à la Corse, Revue de science administrative de la Méditerranée occidentale. 1990. s. 63 vd.. F. Luchaire. Le statut de la collectivité territoriale de la Corse. RDP.. 1991. s. 943; G. Vedel. "La Sagesse des Sages" L'Express. 16 Mai 1991.

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

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

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

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararı, Sivil barışı koruma adma, kapalı kültürel alan teorisini kuran kararlarından biridir. Türk Anayasa Mahkemesinin bu kararı, sivil barışsız bir toplumun “Bölgeler Avrupası” ile bütünleşmedeki zorluklarını da göstermektedir.

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

Toplumun milletlerarasılaşması sonucunda salgılanan sadece “Hukuk” değil ama, bu hukukun gerekli olduğu barışlandırma cihazlarıdır Avrupa yeni Mekanı’nın da, “Avrupa Hakem Mahkemesi” ve “Azınlıklar ombudsmanı” gibi

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

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

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

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

bir yargı yerinin kurulması düşüncesini gündeme getirmiştir. Avrupa Konseyi'nin "Azınlıklar Ombudsman"¹, projeside bu düşüncenin bir parçasıdır.

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

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

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

Avrupa Konseyi'de, Kıt'ayı tehdit eden istikrarsızlaştırıcı unsurları etkili biçimde engelleyebilmek için, yetkilerini "azınlık hakları"na kadar genişletme ve bir arabuluculuk kurumu getirme arayışı içindedir. Bugün bir "Azınlıklar Ombudsman"¹ projesinin varlık nedeni budur (51).

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

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

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

(50) 1990 Kasımında otuzdört Devlet Paris Şartını imzalamıştır. Bugün sayı ellibirdir.

(51) Bk. N. Bubois, "Un Ombudsman pour veiller sur les minorités". Libération 22 Novembre 1991.

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

BÖLÜM İKİ

ANAYASAL DEMOKRASI YA DA ÇOK DAHA AZ “MİLLİ” ÇOK DAHA “AVRUPALI” ANAYASA

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

Kapalı toplumlardan açık toplumlara geçişte, anayasal jürisprudans, global toplumlar ötesinde düşünülürken, Avrupa ortak hukuk mekanında jürisprudanslar arası etkileşme “Avrupa Common Law”ını şekillendirmektedir. Fransız Devlet Şurası’nın 1950’lerde yazdığı “Dame Lamotte” kararını Avrupa Topluluk Mahkemesi çeyrek asır sonra Johnston Vak’asında yeniden yazmaktadır. Bu gelişmeler, klasik anayasa teorisi “Postulat”的ının da sonudur.

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

1.1. Klasik Anayasa teorisinin “Postulat”的ı tartışılrken.

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

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

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

İspanyol, Portekiz, İsveç, Avusturya, Almanya Anayasaları Yasa-ma, ve Yürütmeyen yetkilerini ve aralarındaki münasebetleri farklı düzenler ama bu sistemlerin hepsinde Yürütme, Başkanın kişiliğinde “**siyasi oyun**”a hakim olur ve Parlamento'yu da bir kayıt odası durumuna sokar.

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

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

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

Birleşik Devletleri usulü Prezidansiyel sistemin belirleyici unsurlarından biri olan Yüksek Mahkeme, bugün altmışlı yıllar “Liberal aşırıkhları”ndan sonra şimdije kadar olmadığı ölçüde muhafazakardır. İktidar bütünlüğüne Yüksek Mahkemenin yapısını ve jürisprudansiyel politikasını etkilemiştir.

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

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

(2) Cf. Başkanlık sistemi tartışmaları, Bülten, Türk Demokrasi Vakfı yayın organı. Nisan 1991. s. 43 vd.

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

(4) Bk. D. Rousseau, “Une révision pour les citoyens?”, Libération 27 Mars 1992.

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

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

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

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

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

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

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

Devletle yönetilen sistemlerin tipik örneği Fransa'da, "**Cumhuriyetçi düşünce**". Eski rejimin silinmez izlerini taşıyan **Egemen İdari Devlet**'in doktrinidir. Egemenlikde, bu anlamı ile, Cumhuriyetçi problematığın merkezinde yer alır. Yargının bir "İktidar" değil ama "Otorite" sayılmasının ve gerçek kuvvetler ayrılığının gerçekleştirilememesinin

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

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

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

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

nedeni de budur. Bu anlayış “Cumhuriyet Eksiği”ni getirmiştir ya da, Cumhuriyet'in demokratik gelişmesini engellemiştir (9).

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

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

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

2. “Kapalı Toplum”dan “Açık Toplum”a anayasal mekanlar farklılığından

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

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

“Uluslararası Devlet”lerin “kapalı toplum” anlayışından, halkın “açık toplum”u anlayışına geçiş, sivil-toplum mekanını değiştirmiştir. Bugün, milli-üstü ya da milletlerarası bir sivil-toplumun varlığından söz edilmektedir.

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

(10) E. Garcia de Enterría'nın not ettiği gibi. Strasbourg yargılama sistemi. Komisyon'a ferdî başvuru hakkını ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini tanıyan bağıtlı devletler için anayasa yargılaması değerindedir. Konvansiyon normlarının ihlali. Avrupa Mahkemesi önünde milli bir yasaya meşrulaştırılamaz ve yasaların üstünde yeralan bir mahkeme de anayasa yargısının çekirdeğini meydana getirir. Bu mantık çerçevesinde Topluluk Mahkemesi de, Anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir. Bunun da ötesinde Mahkeme, “Law-making power” (kural koyma iktidarı) kullanmaktadır. Avrupa Konvansiyonu düzenlemelerini de Topluluk Hukuk düzenlemesi gibi yorumlamaktadır. “Milletlerarası Norm” a açılma. Milli-Üstü mahkemelerle Anayasa Mahkemelerini yaklaştırılmıştır. Bk. IV. Bölüm.

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

İnsan hakları Avrupa Mahkemesi ve Topluluk Mahkemesi, "Anayasa yargılaması" yapan mahkemelerdir ve bu anlamda "Milletlerarası Sivil Toplum"da yer alırlar. Bu mahkemeler jürisprüdansı ile milli mekanlarda çalışan anayasa mahkemeleri jürisprüdansı arasında görülen yakınlık, kapalı toplum anlayışından açık toplum anlayışına geçişin göstergesidir.

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

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

3. Global Toplumlar ötesinde düşünülen jürisprüdans: "Avrupa Common Law".

Bugün, Düzenleyici cihazları, siyasi ve hukuki çerçeveleri ile milli ekonomi üstünlüğünün belirlediği tarihi bir safhadan bir başka safha ya Avrupa ekonomik mekanı gibi, farklı ekonomik mekanların kurulduğu tarihi bir safhaya geçilmektedir. Bu tarihi gelişme, sosyal-siyasi uzlaşmazlıklarını çözme cihazı olarak jürisprüdansın da global toplumlar ötesinde düşünülmesini gerektirir. Yeni mekanlar, hukuk kuralları gibi, düzenleyici cihazlarını da üretir.

Avrupa Mahkemesi'nin "**yazısız normlar**" anlayışı, yargıçın normatif iktidarını tescil etmiş, **Kanun-Jurisprüdans-Hukuk** arasında müna-

- (12) Bk. R. Fenoux., "Origine, nature et fonction des réseaux transnationaux d'organisations nongouvernementales: modèles européens de démocratie associative", in *Annuaire Européen*, vol. XXVIII. 1980, s. 16 vd.; A. Drzemczewski. "The role of NGO's in human rights matters in the Council of Europe". *HRLJ*, 1987. s. 273 vd.
(13) Cf. Contribution du Conseil de l'Europe au séminaire d'experts de la CSCE sur les institutions démocratiques. Oslo 4-15 Novembre 1991. Strasbourg. 1991.

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

3.1. Hukuki-Sosyal ve politik bir Vak'a: Jürisprüdans

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

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

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

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

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

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

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

(14) Cf. R. Sève., “Bréves réflexions sur le Droit et ses métaphores”. APD. 1982. s. 259 vd.

(15) F. Terré., “La crise de la loi”, APD.. 1980. s. 17 vd.

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

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

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

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

Konvansiyon düzenlemeleri, “yanlı değerler ya da prensipler” tartışmasını özellikle **Yargıcı Fitzmaurice**’in karşıoyerleri ile, Avrupa Mekanında da başlatmıştır (20).

3.2. Kanun, “yazılı norm” mu yoksa “jürisprüdansiyel norm” mu? “Hukuk” anlayışı değişirken.

İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonunun özel hayatın ve haberleşme gizliliğinin korunmasını düzenleyen 8. maddesine, Avrupa Mahkemesinin **Kruslin** ve **Huvig** kararları ile getirdiği yorum (21), Fransada, Paris İstinaf Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi kararlarını etkilemiştir (22).

Paris İstinaf Mahkemesinin 18 Ekim 1990 tarihli kararı, “Kanun” kavramını Konvansiyon ve Strasbourg jürisprüdansına göre yorumlamış ve “Kanun”dan anlaşılması gerekenin, yazılı normlar yanında, jürisprüdansın tesbit ettiği hukukun genel prensipleri gibi, **yazısız normlar** olduğu sonucuna varmıştır.

Avrupa Mahkemesi’nin “özerk” (autonomes) kavramlarından biri olan “Kanun” (23) anlayışı **yargıcının normatif iktidarı kurmada etkili bir formüldür** (24).

Kanun-jürisprüdans-hukuk arasında farklı kurulan münasebet (25), “Avrupa Common Law”unun taşıyıcı unsuru olmuştur. Kit'a

- (20) P. Rolland. “Existe-t-il un Contrôle du l'opportunité”. in. D. Rousseau, F. Sudre. Droits et Libertés en Europe. STH. Paris 1990. s. 47 vd.
- (21) 24 Nisan 1990 tarihli **Kruslin** kararı için bk. D. 1990. s. 354. note J. Pradel. Huvig Kararı da aynı günlündür. Cf. J.F. Flauz. “Ecoutes téléphoniques: le point de vué de Strasbourg”. RFDA. 1991. s. 89 vd.
- (22) Cf. P. Kayser. “La conformité à la convention des droits de l'homme et la Constitution de la France des écoutes téléphoniques”. D.. 1991. s. 17 vd.; P. Kayser., T.S. Renoux. “L'autorité judiciaire et la loi: à propos des écoutes téléphoniques”. RFDC.. 1991. s. 331 vd.; J. Pradel. “Ecoutes téléphoniques Convention européenne des droits de l'homme”. D. 1990. chr. 15.
- (23) Bk. M.A. Eissen. “L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme”. in D. Rousseau, F. Sudre., éds. Conseil Constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme.. op. cit.
- (24) Cf. R. Koering-Joulin. “De l'art de faire l'économie d'une loi. à propos de l'arrêt Kruslin et de ses suites”. D. 1990. Chr. 187.
- (25) Bu konuda ayrıca bk. Fransız Anayasa Konseyi'nin 12 Ocak 1977 tarihli kararı ile Anayasa'nın 66. maddesine getirdiği yorum. Décision 76-75 DC.; Cf. L. Favoreu. “La Conseil Constitutionnel et la protection de la liberté individuelle et de la vie

Avrupası'nda, fransız etiketli "Kanun" tanımından "Common Law" dan kaynaklanan, "Kanun"u genişletici anlayışa geçişin sonuçları, üzerinde yeterince düşünülmüş olmasa da, anayasal sistemlerde normatif devreler şebekesinin farklı kurulmaya başlandığını göstermektedir (26).

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

Ya da Avrupa Ortak Hukuk mekanı kurulurken içtihadlararası etkileşme.

Belfast Mahkemesi'nin "ön-karar" prosedürü ile tahrik ettiği Johnston Vak'asında (27), kadın-erkek eşitliği prensibinin uygulanma-ya konması ile ilgili, 1976 tarihli bir direktifin yorumu istenmiştir.

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

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

Mahkeme bu soruyu cevaplarken iki gerekçe üzerinde durmuştur:

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

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

privée", in Etudes offertes à Pierre Kayser. PUAM. 1979. t. I., s. 411 vd.; Ayrıca bk. Th. Renoux. Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire. Economica-Puam. 1984. s. 17 vd.

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

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

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

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

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

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

BÖLÜM ÜÇ

STRASBOURG AVRUPASI, MAASTRICHT VE SCHENGEN AVRUPASI, HELSINKİ MEKANI

Uluslararası ve Ulus-Devlet anayasal teorisinin krizi, önce bu Devletin ve bu Devlete bağlı anayasal teorinin "Mekan" değişikliğinin sonucudur.

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

(28) Cf. Conseil d'Etat'nın 17 Şubat 1950 tarihli, "Ministre de l'Agriculture c / Dame Lamotte" kararı. Krş. Türk Anayasa Mahkemesinin, Yargı denetimini etkileyen dava konusu kuralı. İnsan Hakları İlknesine, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin m. 6 / 1. Kuralına aykırı bulan 1977 / 4 karar sayılı kararı. AYMKD., 15. s. 106 vd.

(29) Bu konuda bk. N. Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukuku'nda Temel Hak ve Hürriyetler*. İstanbul 1991. s. 194 vd. (yayınlanmamış doktora tezi).

(30) Bk. Y. Galmot. "Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes". RFDA., 1990. s. 255 vd.

(1) Bk. J.P. Henry. "La fin du rêve prométhéen? Le Marché contre l'Etat". RDP., 1991. s. 631 vd.; J. Chevallier. "L'Analyse institutionnelle", in L'Institution. PUF., Paris. 1983.

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

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

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

1. Strasbourg Mekanı’nda “Demokratik Toplum”

Strasbourg jurisprudansı analizinin düşündürdükleri

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

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

Devletlerin müdahalelerinde bağlı kalacakları ortak ölçüyü ifade eden bir cümlenin metne konma düşüncesi kaynağında, “American Law Institute”un Evrensel beyanname projesi vardır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nda, önerilen cümledeki “Devlet” kelimesi yerine “Toplum” konmuştur. Formül bu biçimle, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu, İnsan Hakları Amerikan Konvansiyonu (m. 13, 15, 18). Sivil ve siyasi haklarla ilgili milletlerarası Pakt’da (m. 6.

(2) Bu konuda bk. F. Fejtö. *La fin des démocraties populaires. Les chemins du post-communisme*. Seuil. Paris 1992.

(3) Bk. G. Cohen-Jonathan. *La Convention européenne des droits de l'homme*. Economica. Paris 1989.

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

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

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

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

Konvansiyon, **Velu** ve **Ergec**'in not ettiği gibi, bütünü ile Demokratik toplum düşüncesi üzerine kuruludur (5). Ve bugün, Strasbourg jürisprüdansını incelerken kullanılması gereken cihaz, kayıtlama kriterlerinin (6) bütünlüğünü gösteren bir yorumudur.

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

"Demokratik Toplum"a referansın anlamı, doktrinin bilinmeyeni değildir yargısını, Türk Anayasası hukuku doktrini için yumoşatmak gereklidir.

Teziç'e göre, Anayasa Mahkemesi kendi demokrasi anlayışı çerçevesinde denetleme yapmak sureti ile Kanun koyucunun siyasi tercihlerine müdahale edebilir. Bu yol Yargıçlar Hükümeti'ne elverişli zemin yaratır. Oysa demokratik-liberal sistemde resmi ideolojiye yer yoktur. Yapılması gereken Demokrasiyi bir Postulat saymak tırr. Bk. E. Teziç. Anayasa Hukuku. İstanbul 1986. s. 195 vd. Anayasa Mahkemesi raporlarında M. Turhan'da aynı görüşü beismemiştir. Bk. M. Turhan. "Anayasamız ve Demokratik toplum düzeninin gereklileri" in Anayasa Yargısı. Ankara, 1991. s. 415. Oysa "Demokratik Toplum", Strasbourg jürisprüdansında, Resmi ideolojinin sonu demektir ve bir "Hukuk Kavramı" Anayasa Mahkemeleri için "postulat" sayılabilir. Eğer sayılırsa, "Hukukla Demokrasi"nın anlamı da anlamsızlaşır.

- (5) Cf. J. Velu., R. Ergee. La Convention européenne des droits de l'homme. Bruxelles. 1990. s. 151 vd.
"Demokratik Toplum"la ilgili Avrupa Mahkemesi Kararları için bk. V. Berger. Jurisprudence de la cour Européenne des droits de l'homme. Sirey. Paris 1991 (3. ed.)
(6) Bk. 26 Kasım 1991 tarihli "Sunday Times C. Royaume-Uni" (2) ve Observer ve Guardian Birleşik Krallık'a karşı Vak'ası.

1.2. Deskriptif ifadeden “**Hukuk Kavramı**”na: “**Demokratik Toplum**”un tanımı.

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

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

Mahkeme, demokrasinin çoğunluk düşüncesinin sürekli hakimiyeti anlamına gelmediğini, hakim konumların kötüye kullanılmasını engellemek için azınlık haklarının adil korumadan yararlanırılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. **Plüralizm zorunluluğu**, Avrupa Mahkemesini bazı hakları üstün korumadan yararlandırma düşüncesine götürmüştür. Bu haklardan biri ifade hürriyetidir. Mahkemeye göre ifade hürriyeti demokratik toplumun ana temellerinden biri (8) ve insan varlığının gelişmesinin ön şartıdır (9).

Avrupa Mahkemesi, “**Handyside Vak**’asında verdiği Aralık 1976 tarihli kararında, ifade hürriyetinin sadece genel kabul gören, etkisiz ya da zararsız sayılın 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 jürisprudansında silahsız saldırısız toplanma hürriyetinin demokratik toplumun kurucu haklarından olduğunu tesbit edilmiş üçüncü kişilerin müdahalesine karşı da korunmuştur. Bu hak, Komisyon'a göre de, bu ülkenin siyasi ve sosyal hayatının kurucu unsurudur (10).

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

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

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

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

(10) Bk. 10 Ekim 1977 tarihli. “Rassemblement jurassien et Unite jurassienne c. Suisse”. kararı.

Konvansiyonla teminat altına alınan haklar arasında, kayıtlamalar sistemi düşünüldüğünde, saklı bir **maddi** hiyerarşinin var olduğu söylenebilir. Bu düşünce, Konvansiyon'da tanınan hakları üçlü ayrimını hazırlamıştır (11): Mutlak nitelik tanınan dokunulmaz haklar idari ve kazai otoritelerin takdir yetkisine ayrıntılı düzenlemelerle kayıtlama getiren ve Strasbourg organlarının denetleme yetkisini genişleten kural-larla korunan haklar ("makul süre" kavramı gibi), hakkin özü korunmakla birlikte, Bağıtlı Devletlere kayıtlama yetkisi tanınan haklar. Bu hakların belirleyici niteliği, Konvansiyonda tanımlarının yanında, ikinci bir paragrafta, kayıtlama düzeninin getirilmiş olmasıdır. Ancak hak ve hürriyetlere getirilen kayıtlamalar hakkin "özü"ne dokunamaz (12).

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

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

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

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

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

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

(14) İnsan hakları alanında, Avrupa kamu düzeninin anayasal cihazı olan Avrupa Konvansiyonuna getirilen çekincelerin de, bu mantık çerçevesinde değerlendirilmesi gereklidir.; Bk. N. Çavuşoğlu. "Türkiye'nin İnsan hakları Avrupa Komisyonu'na kişisel başvuru hakkını tanıma bildirimine koymduğu 'hususlar' 'üzerine bir not'". IHMD., 1991. s. 2-3. s. 21 vd.

(15) Bk. R. Ryssdal. "The expanding role of the European Court of human Rights". in A. Eide J. Helgesen, eds. The future of human rights protection in Changing World. Norwegian U.P. Oslo. 1991. s. 115 vd.

siyonu “yaşayan bir belge” olarak yeniden yorumlamak durumundadır. Eğer Konvansiyon, Avrupa Komisyonu’nun “*Chrysostomos et al. v. Turkey*” Vak’asında söylediğ一样 (16) “**İnsan hakları alanında Avrupa Kamu düzeninin anayasal cihazı**” ise...

2. Maastricht Avrupası'nın iki mantığı: İnsan hakları ve Schengen Düzeni

2.1. “Maastricht Avrupası” ve “İnsan Onuru”的 dokunulmazlığı. Avrupa’nın “genetik kodu”nu düşünürken.

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

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

Topluluk Mahkemesi’nin bu jürisprudansiyel politikası, Tek Sened’de ve Avrupa Parlamentosunda kabul görmüştür. “**Temel Hak ve**

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

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

(18) Avrupa Parlamentosu’nun 12 Aralık 1990 tarihli kararı ile kabul ettiği “**Anayasa Tasarısı**” için bk. HRLJ. 1991. s. 54 vd.

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

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

Hürriyetler Deklarasyonu”nun Başlangıç’ında “... temel hakların, Avrupa Topluluklarını kurucu andlaşmalar, üye devletler ortak anayasal geleklenleri, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, yürürlükteki milletlerarası belgelerden kaynaklanan ve Topluluk Mahkemesi içtihatları ile geliştirilen hak ve hürriyetler olduğu açıklanmıştır.

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

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

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

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

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

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

Beefort Kollokum'unda (Eylül 1991) **Sami Hair**'de sosyal, kültürel ve etnik dışındalama olaylarının bütünlüğünü Avrupa'da gidererek artan önemini çizmektedir (23).

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

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

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

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

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

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

(24) G. Duby. *L'histoire continue*, éds. O. Jacob. Paris. 1991.

(25) Tahar Ben Jelloun. "Le Clandestin". *Libération* 27 Mars 1992.

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

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

2.3. Avrupa'nın yeni “**Duvarlar**”¹; Schengen Polis mekanı ve “**Yabancı**”

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

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

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

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

- (27) Bk. C. Schmitt. *La nation de politique. Théorie du partisan*. Calmann-Lévy. Paris 1972.
- (28) Bu konuda bk. J.E. Schutte. “Schengen: Its meaning for the free movement of persons in Europe”. CMLR ev., 1991. S. 549 vd. “**Schengen Anlaşması**”nt 14 Haziran 1985’de, Belçika, Hollanda, Luxembourg, Fransa ve Federal Almanya imzalamış. 1991’de İspanya ve Portekiz’de Schengen Avrupası’na katılma sözleşmelerini imzalamışlardır. Yunanistan ise Schengen sürecine “**gözlemci**” statüsü ile katılma talebinde bulunmuştur.
- (29) Doc. B3-583 / 89. OJ. no C 323 / 98. 27.12.1989.
- (30) Cf. 05. no C 175 / 172. 16.7.1990.

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

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

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

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

2.4. Transit bölgeleri (*zones de transit*) Vakası

Fransız Anayasa Konseyi’nin 25 Şubat 1992 tarihli kararı.

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

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

Anayasa Konseyinin, Marchand Yasası’nın, özellikle 1946 Anaya-
sa Başlangıcı’nda tanınan ve bugün de anayasal değerini koruyan si-

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

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

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

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

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

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

Avrupa Parlamentosu'nun “Schengen Antlaşmaları” ile ilgili karaunda mahkum edilen, “Parlemento denetizmine bypass” (36), Schengen Avrupası'nda “Eksik bukuk”lu mekanlar (lieux de moindre droit) (37) kurulmasına imkan vermiştir. Kanada ve Danimarka'nın dışında, hiç bir sistemde, yabancıların “milletlerarası bölgeler” de tutulmasının hukuki temeli yoktur.

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

(33) “Une telle mesure de rétention, même placée sous le contrôle du juge, ne saurait être prolongée, sauf urgence absolue et menace de particulière gravité pour l’ordre public sans porter atteinte à la liberté individuelle garantie par la Constitution”.

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

(35) Bk. J.-Y. Lhorneau. “Les sages et la rue”. Libération. 26 Février. 1992.

(36) Cf. O.J. No. 175 / 171. 16.7.1990.

(37) Transit Bölgeleri ile ilgili hukuki problemler ANAFE'nin (Association nationale d’assistance aux frontières pour les étrangers) düzenlediği Kolloquymda tartışılmıştır. Bk. Libération. 14 Avril. 1992.

ve Sokağın ifadesi olan demokratik parlementoları da sokmak gerekecektir.

3. Vladivostok'dan Alaska'ya Yeni Helsinki Mekanı

3.1. Yeni hürriyetler Mekanı'nın Anayasal profili çizilirken, Fichte usulü "Kapalı Devlet"in sonu mu?

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

Türkiye'de Koalisyon Hükümeti Programı bu dili politikleştirmiş Danıştay ise, Türk İnsan Hakları Hukuku'na sokmuştur. Adalet Bakanlığının, Türk yargılama sisteminde "Avrupa Standartı" getiren taslağında da aynı dil kullanılmıştır. Sanığın hakları, gözaltı süreleri, yasağın soru şekilleri bu dille yazılmıştır. İnsan hakları Vakıf ve Derneği de "Hukukun demokratikleştirilmesi" talebinde aynı dili kullanmaktadır.

1 Ağustos 1975 tarihli AGİK Nihai Belgesi ve İzleme toplantıları belgeleri, Avrupa ortak hukuk mekanını belirleyici, milletlerarası hukukun yumuşak yasalarıdır. 29 Haziran 1990 tarihli Copenhague Bel-

(38) "Terminus Demokrasi". Ya da son durak Liberal toplum anlayışı, eski Hegel'i temanın güncelleştirilmiş biçimidir. Bk. F. Fukuyama. *La fin de l'histoire et le dernier homme*. Flammarion. Paris 1991. Fukuyama. 1989 yılında The National Interest dergisinde yayınlanan makalesindeki düşüncelerini bu kitapta geliştirmiştir. Ayrıca bk. "Les Elats passent. la démocratic avance". Libération 12 Mars 1992. Hegelci temaların güncellliğini koruyan bir eleştirisçi için bk. Franz Rosenzweig. *Hegel et l'Etat*, PUF.. Paris. 1991.

(39) Ancak bu gelişme bütün "Duvar"ların yıkılması. Fichte usulü "Kapalı Devlet"lerin yeniden inşasının durdurulması anlamına gelmez. Bu konuda bk. A. Glucksmann. *Le Onzième Commandement*. Flammarion. Paris. 1991.

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

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

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

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

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

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

“Öteki Avrupa”nın, ya da marksist demokrasilerin, çöken ideolojik enkazı üzerinde kurulacak yeni demokratik yapıları, anahtar teslimli ihraç eder yeni kurumlar, Avrupa Konseyi bünyesinde kurulan “**Hukukla Demokrasi için Avrupa Komisyonu**”, ya da AGİK süreci içinde gerçekleştirilen uzmanlar toplantıları sonuç belgeleri, yeni “Hürriyetler mekani”nın anayasal profilini de çizmektedir.

Bugün, Arnavutluk Dışişleri Bakanlığının AGİK Bakanlar Konseyi’ne yaptığı, 18 Haziran 1991 tarihli bildirimde görüldüğü gibi, bir ideolojik sistemin “**Mea-Culpa**”sına, (suç bendedir)ine tanık olmaktadır.

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

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

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

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

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

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

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

yararlanmıştır. Bu hak ve hürriyetlere yasalarla getirilen sınırlamaların, insan hakları konusunda genel kabul gören **Milletlerarası normlarla uyumlu olması gerekip**. Ayrıca katılan devletler, olağanüstü hal süresince, insan hakları ve temel hürriyetlerle ilgili yükümlülüklerde aykırı önemlerin, **Milletlerarası hukukla** getirilen sınırlar içinde kalması gerektiğini doğrulamışlardır (42).

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

Avrupa Konseyinin, 130'dan fazla konvansiyon, anlaşma, yüzlerce karar ve tavsiyesinin şekillendirdiği "Avrupa demokratik mekanı"nda fert merkezli Hukuk düşüncesi, "**Öteki Avrupa**"yı da etkilemiştir (43).

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

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

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

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

(42) Bk. "Document de la réunion de Copenhague". RUDH. 1990. s. 339 vd.

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

(44) H. Tretter. "La réunion de Paris sur la dimension humaine de la CSCE et les droits de l'homme dans le Document de clôture de la réunion de Vienne adopté le 15 Janvier 1989". RUDH.. 1989. s. 287 vd.

Şartın, mülkiyet hakkı ve özel teşebbüs hürriyetini tanıyan düzenlemesi “Everyone also has the right:... to own property alone or in associations and to exercise individual enterprise”, Helgesen’in ifadesi ile, “masumane” (innocent) bir dilde, son yıllarda Avrupa Mekanında gerçekleşen dramatik değişimeleri bir kaç kelime ile ifade etmiştir (45). Paris Şartı’nın ekonomik konularla ilgili bölümlerinde, piyasa ekonomisi prensibi (principle of market economy), Yeni Avrupa’da yeni ekonomik yapılanmada bir köşe taşıdır (46).

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

“Prague Dokümanı”nda, “çok ciddi” vakalarda oybirliği kuralının değiştirilmesi öngörülümüştür.

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

Pan-Avrupa, ya da “Helsinki Mekanı”, uzlaşmasız ideolojiler çatışmasının sonudur ama, unutmamak gereklidir ki, “Demokrasi”, farklı seçenekler ya da ideolojik tercihlerin barışlandırılmış mücadeledir. Yeni “Duvar”lar ve ideolojilerin sonu, “Demokrasi”的nin de sonu olur.

Anayasa Hukuku’nun “Ulus-Devlet”, mekanı değiştirken düşünülmeli gereken ilk sorun da budur.

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

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

(47) Bk. Le Monde, 1 Février 1992.

BÖLÜM DÖRT

MİLLETLERARASI İÇTİHADI ANAYASA HUKUKU KURULURKEN.

"MİLLETLERARASI NORM" A AÇILMA VE KABUL YAPILARI

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

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

-
- (1) Avrupa Mahkemesi jürisprüdansı ile milli anayasal jürisprüdanslar arasında etki-leşmenin iki planda gerçekleştiği söylenilenbilir: Yargıcıların kullandığı metod ve temel kavramlar planında ve Konvansiyon ve protokollerin yorum ve uygulanması planında. Ferdi başvuru hakkının tanınması. Avrupa Mahkemesinde mahkum olan bir düzleminin, plüralist demokraside Media'lar aracılığı ile duyurulması ertesinde, benzer konularda çok sayıda başvuruya tahrif ederek birleştirici bir güç kazanır ve bağıtlı devletleri "insan hakları avrupa kamu düzeni"ne yaklaşır. İnsan hakları Avrupa jürisprüdansiyel hukukunun iç hukukları şekillendirici etkisinin belirleyici faktörlerinden biri de budur.
İnsan hakları Avrupa Konvansiyonu'nun, Kit'a Avrupası Anayasa mahkemelerince "Anayasallık Bloku" içine sokulması, Avrupa Mahkemesi jürisprüdansının milli Anayasal jürisprüdanslar üzerinde etkisini artıracı bir faktördür.
 - (2) Bk. Kuhn. *La structure des révolutions scientifiques*. Flammarion. Paris 1972.
 - (3) "Milletlerarası Anayasa Hukuku" konusunda bk. B. Çağlar. Milletlerarası Anayasa Hukuku kurulurken Anayasa yazmak". Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesinin Mayıs 1991 tarihinde düzenlediği "Anayasa Forumu"na sunulan tebliğ (çoğaltma).
 - (4) Bu konuda bk. R. Abraham. *Droit international, droit communautaire et droit français*. Hachette. Paris. 1989. s. 191 vd.

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

Bu problemin, özellikle, demokratikleşme sürecine giren "Öteki Avrupa"da kritik bir önemi vardır (6).

"Milletlerarası Anayasa Hukuku"nın üzerinde yeterince durulmayan ikinci problemi: İçtihadi Anayasa Hukuklarında kurulmakta olan "Milletlerarası norm"u kabul yapılarıdır. Oysa, Hürriyetler yeni mekanını kuran önce bu yapılardır.

İtalyan Anayasa Mahkemesi, 18 Ocak 1990 tarih ve 64 sayılı kararında, Topluluk Hukuku'nun önceliği prensibini, İtalyan Anayasası'ının getirdiği, Yasama İktidarının tek doğrudan kullanılma biçimini, yasaları yürürlükten kaldırıcı referandumlar karşısında da tanımışır (7).

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

Fransa'da, Conseil d'Etat (C.E.)'nın 17 Mayıs 1991 tarihli "Quintin" kararında, Kanun sözcüsü R. Abraham'in "conclusion"ları (savları), "Milletlerarası norm"a açılmanın idari içtihat'da gerçekleştirtiği Hukuk İhtilali'nin kısa özetiştir. R. Abraham düzenleyici otorite'nin (autorité réglementaire) yetkisini kullanırken milletlerarası normlara (davada, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu'na ek Birinci Protokol'ün birinci maddesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 23 Eylül 1982 tarihli Sporrong kararı) ve anayasal prensiplerle bağlı olduğunu not etmiştir.

C.E.'nin, milletlerarası norm'a bağlılıkta "Yasama perdesi" ya da ekranı teorisinin (la théorie de la loi-écran) kullanılamaz hale sokan

(5) Cf. F. Ermacora. "The problem of the incorporation of written international law into the legal order of European States as a problem of harmonisation". Oslo CSCE Seminar 1991.

(6) Cf. D. Gomien. "The implementation of international Human right Law in Eastern and Central Europe". Conseil de l'Europe. Strasbourg 1991.

(7) Karar için bk. Rev. trim de dr. Europ. 1991. s. 294 vd.

(8) Cf. J. Dutheil de la Rochère. "Application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1989-1990)". Rev. trim. dr. Europ. 1991. 239 vd.

ilk kararı, 20 Ekim 1989 tarihli NICOLO kararıdır. İdari işlemlerin anayasal prensiplere uygunluğunun denetlenmesini hazırlayan ve doktrinde "Saydam-ekran" teorisinin kurucusu sayılan karar ise, 19 Kasım 1986 tarihli Société Smanor Vak'asıdır. "Societe Smanor" kararı ve "Saydam-ekran" (écran transparent) teorisi İdare'nin yargıcını Anayasa yargıçı, Nicolo kararı da "Hürriyetler Mekanı"nın yargıçı yapmıştır (9).

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

Fransa'da, "Hukuki Milliyetçiliğin" son siperi Conseil d'Etat da yaşanan "Perestroika", Türkiye'de, 1982 Anayasası'nın milletlerarası normu kabul yapılarının "archaique"liğine rağmen, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi içtihadlarında görülen değişme, "milletlerarası norm'a açılma sürecinin klinik vak'alarıdır,

1. İç Hukuk'un tartışılmaz üstünlüğü dönemi kapanırken bir içtihadi teorinin çöküşü ve hukuki milliyetçiliğin önceden ilan edilen ölümü.

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

C.E. içtihadında "Milletlerarası norm'a açıklığı hazırlayan iki kurucu karardan ilki, 20 Ekim 1989 tarihli "Nicolo", ikincisi 29 Haziran 1990 tarihli "GISTI" kararlarıdır.

1.1. Bir içtihadi teorinin çöküşü: NICOLO KARARI ve sonrası: Belgecem ve Mme Babas kararları.

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

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

(10) Bk. J.F. Touchard, "A propos de l'arrêt Nicolo". RDP., 1990. s. 801 vd.

(11) Kanun sözcüsü Frydman'in "conclusion"ları ve Nicolo Kararı için bk. RGDIP., 1989. s. 1041 vd.

sı norma aykırılığı halinde milletlerarası normun uygulanmasına karar vermiş, klasik "Yasama-perdesi"ni kaldıarak, yasaların milletlerarası hukuk kurallarına uygunluğunu denetlemiştir (12).

E. Negrier'nin bir "içtihadi teorinin çöküsü" dediği kararında C.E., yasama perdesini kaldırırken **büriyetler mekanını** da değiştirmiştir (13).

Avrupa Parlamentosu'na temsilci seçimi ile ilgili NICOLO Kararında C.E.'nin kurduğu hukuki yapı, Cour de Cassation'un 24 Mayıs 1975 tarihli "**Administration des Douanes c. Société Café Jacques Babre**" (14) kararında kullandığı tezden farklıdır.

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

C.E., 19 Nisan 1991 tarihli iki kararı, **Belgacem ve Mme Babas da** (17), yabancıları sınırsız etme işlemlerinin hukukilik denetiminde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Strasbourg organları içtihadını, Kanun Sözcüsü R. Abraham'in "conclusion"ları çerçevesinde, **ölçü-norm** olarak kullanmıştır.

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

(12) Cf. L. Dubouis. "L'arrêt Nicolo et l'interprétation de la règle internationale et communautaire dans l'ordre juridique français". RFDA., 1989. S. 1000 vd.; B. Genevois. RFDA. 1989. C.E.'nin Nicolo ve GİSTİ içtihadı çizgisinde yeni bir kararı (12 Nisan 1991. Abbad) için bk. RFDA. 1991. s. 667 vd.

(13) E. Nègrier. "Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle; L'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel". RFDA., 1990. s. 767 vd.

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

(15) Cf. Touchard. "A propos de l'arrêt Nicolo", op. cit., s. 802 vd.

(16) Cf. L. Favoreu. "L'interprétation de l'article 55 de la Constitution". RFDA. 1989. s. 994 vd.

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

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

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

1.2. "Hukuki milliyetçilik"ın önceden ilan edilen ölümü:

GİSTİ KARARI: "Adil Yargılanma Hakkı" nasıl ihlal edilir?

C.E. nun "Milletlerarası norm'a açıklık" sürecinde içtihadından döndüğü ikinci karar, 29 Haziran 1990 tarihli "GİSTİ" Kararıdır (C.E. Assémblee, 29 Haziran 1990, *Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés-G.I.S.T.I.*) (20).

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

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

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

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

Kısaca, GİSTİ Kararı, C.E. nun "Hukuki milliyetçiliği"ni (Nationalisme juridique) açıklayan güçlü nedenlerin birini de yok etmiştir (23).

(19) X. Pretot. op. cit.

(20) Karar ve Kanun sözcüsü R. Abraham'in savları için bk. RGDIP., 1990. s. 879 vd.; "Note jurisprudence". F. Sabiani. RDP., 1990. s. 1579 vd.

(21) C.C., C.E.'nin bağımsızlığını. "Cumhuriyet yasalarınca tanınan temel bir prensip" saymıştır. Bk. 22 Temmuz 1980 ve 23 Temmuz 1987 tarihli kararlar.

(22) Cf. M.F. Buffer-Tchakaloff. "L'interprétation des traités internationaux par le Conseil d'Etat". RGDIP., 1991. s. 169 vd.

(23) Cf. J. Bohoulous. "A propos de l'arrêt Nicolo", RGDIP., 1991. s. 90 vd.

Kanun Sözüsü R. Abraham, yargıda milletlerarası anlaşmaların yeni yeri ve giderek artan öneminin sonucu sayılan bu içtihat değişikliğini savunurken, en güçlü kanıtı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde bulmuş, İdareyi sadece taraf değil ama "Yargıcı"da yapan milletlerarası anlaşmaların idari yorumunu, Adil yargılanma hakkı'nın ihlali sayımıştır (24).

1.3. "Kızıl Tugaylar" eski militanı "Ragusi" kararı:

"Avrupa anayasası"nda "etkili yargısal denetim" sorunu.

J.F. Flauß'un, "Önceden ilan edilen bir ölüm" dediği ve "adil yargılanma hakkı"nın, (droit à un procès équitable) geniş yorumunu kurân C.E.'nin GİSTİ Kararı, İnsan hakları Avrupa Mahkemesi'nin 24 Ekim 1989 tarihli "H. c. France" kararına bir cevaptır. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu kararında, idari yargı yerlerinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin m. 6 & 1'de tanınan hakkın kullanılmasını saglama yükümlülüğünü kesinlemiştir (25).

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

Topluluk Mahkemesi, Topluluk sözleşmeleri ve "derive" işlemlerden doğan "subjektif hakların" (26) korunmasında etkili yargısal denetim prensibi (Principle of effective judicial control) ya da etkili yargısal denetim hak'a özel bir önem tanımıştır.

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

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

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

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

(26) Subjektif haklar konusunda bk. R. Guastini, "Réflexion sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation". RDP., 1991 s. 1079 vd.

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

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

Topluluk Mahkemesi bu ve benzeri kararları ile, Kanun sözcüsü Mancını'nın not ettiği gibi, "Yazılmamış bir Haklar Beyannamesini Topluluk Hukuku'nda okumakla, bir Avrupa Anayasası'nın gelişmesinde belirleyici katkıda bulunmuştur" (29)

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

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

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

-
- (29) Bk. J. Temple Lang, "The development of European Community Constitutional Law". The International Lawyer. 1991. s. 455 vd.
- (30) R. Abraham'in "Conclusion"ları ve Mahkeme kararı için bk. Rev. trim. dr. europ., 1991. s. 301 vd.
- (31) Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre de yargı yolundan anlaşılması gereken, "etkili yargışal denetim" dir.; Bk. Anayasa Mahkemesinin 1991 / 33 karar sayılı Kararı, 7 Şubat 1992 t. ve 21135 S.R.G.
- (32) Cf. Regis de Gouttes, "Variations sur l'espace judiciaire pénal européen". D. 1990. Chron. 245. ID., "Vers un espace judiciaire pénal pan-européen". D. Chron. 1991. 154.

connection with that part of the globe we might label the Helsinki part, stretching westward from Vladivostok all the way to Alaska”.

Vladivostok'dan Alaska'ya kurulmak istenen yeni Hürriyetler mekanı ve bu mekanın yargıçları, XX. Yüzyıl sonunda hızlanan tarihin, hukukçuların gündemine getirdiği önemli bir sorun, Tarihin tanığı olmak isteyen hukukçuların ve fertlerin soronudur... Ve bu sorunun farkında olmadan, plüralist bir Dünyada ferdin haklarının evrensellliğini düşünmek de mümkün değildir.

1.4. İç Hukuk'un tartışılamaz üstünlüğü tezinde sonun başlangıcı ya da "Hukuk Düşüncesi" değişirken.

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

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

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

Anayasa Konseyi, 22 Ocak 1990 tarihli kararında, Yasa Koyucu'ya, Fransanın taraf olduğu anlaşma ve bağıtlara ve anayasal değerde temel hak ve hürriyetlere uygun davranışa yükümlülüğü getirirken, 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Savunma hakkı'na saygı prensibini, Strasbourg Mahkemesi'nin kullandığı kavramlarla tanımlamıştır (34). Anayasa Konseyi'nin bu kararı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini Anayasallık Bloku'na (Bloc de constitutionnalité) dahil etme istadı taşıyan bir karardır.

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

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

(34) Cf. D. Rousseau. "Vers un ordre juridictionnel européen des droits et libertés? L'intégration de la Convention Européenne des droits de l'Homme au bloc de constitutionnalité". in D. Rousseau. F. Sudre, éds., Droits et libertés en Europe. STH., Paris 1990. s. 117 vd.

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

2.1. Düzenleyici otorite ve “milletlerarası normlar”:

Hak ve hürriyetler sadece bir iç-hukuk sorunu mu?

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

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

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

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

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

(35) Bk. 9 Şubat 1990 T. ve 20423 S. RG.

(36) Bu konuda ayrık bir Vak'a için bk. M. Günday, “7.12.1989 T. ve E. 1988 / 6. K. 1989 / 4 S. Danıştay İctihadi Birleştirme kararı üzerine bir Alman hukukçusunun görüşleri”.

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

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

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

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

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

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

Mahkeme bu kararı ile, milletlerarası normlarda, klasik haklarla sosyal haklar arasında silinmeyeceğini, içtihadi anayasa hukukunda da tartışma konusu yanmıştır. Mahkemeye göre, "İnsan artık yalnızca yaşama hürriyetine sahip olmakla kalmayarak, aynı zamanda,

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

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

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

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

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

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

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

GEÇİCİ SONUÇ

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

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

(39) Anayasal terminatdan yararlanması gereken sosyal hakların “**Sert-Çekirdeğil**” konusunda bk. G. Malinverni, “La mise en oeuvre des droits sociaux”. Demokratik Kurumlar AGİK Seminerine sunulan tebliğ. Oslo. 1991.

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

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

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