

KİŞİLERİN ANAYASA YARGISINA ERİŞİMİ: HUKUK, UYGULAMA, POLİTİKA

Hakların Hukuk Yoluyla Korunması ve Objektif Anayasallık Denetimi Arasında Bireysel Başvuru¹

Otto PFERSMANN²

Çeviren: Dr. Musa SAĞLAM*

Giriş

Bireylerin anayasa yargıcına başvuru hakkı, anayasal politik (*politique constitutionnelle*)³ düzleminde oldukça yoğun tartışmalara yol açmakla

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

¹ (Çevirenin Notu (Ç.N.)) Bu makale, Fransız Anayasa Konseyi tarafından altı ayda bir yayınlanan "Anayasa Konseyi Defterleri (*Les Cahiers du Conseil constitutionnel*)" adlı derginin 10. Sayısında yayınlanmıştır. Bu sayıda yazar tarafından editörlüğü üstlenilen "İncelemeler ve Doktrin (*Etudes et Doctrine*)" adlı dosya "Bireylerin Anayasa Yargısına Erişimi: hukuk, uygulama, politika (L'accès des personnes à la justice constitutionnelle : droit, pratique, politique)" konusuna ayrılmıştır. Bu dosyada Ülkemizde yakın dönemde kabul edilen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un bireysel başvuruya ilişkin hükümlerinin hazırlanmasında da esas alınan Almanya, İspanya ve Avusturya örnekleri konunun uzmanı ilgili ülke hukukçuları tarafından irdelenmiş ardından Fransa'da bu konudaki tartışmaların bir değerlendirilmesi yapılmıştır. Yazarın çevirisini yaptığımız bu çalışması, bahsedilen ülke incelemelerinin bir değerlendirmesi niteliğindedir. Özellikle bu açıdan Ülkemizde henüz kabul edilen bireysel başvuru konusunda yardımcı olacağı düşünüülerek böyle bir çalışmanın yapılması uygun görülmüştür. www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentationpublications/cahiersdu-conseil/cahier-n-10/le-recours-direct-entre-protection-juridique-et-constitutionna-lite-objective.52366.html (1.3.2011) Diğer yandan burada çeviriye ilişkin bazı hususların da açıklığa kavuşturulması da gerekmektedir. İlk önce çeviri yapılırken anlaşılmayı kolaylaştırmak düşüncesiyle orijinal metindeki uzun cümleler birkaç cümleye bölünerek aktarıldığı gibi uzun paragraflar da aynı amaçla birkaç paragrafa bölünmüştür. İkinci olarak, yazarın çalışmada kullandığı Fransız hukuku açıdan da yeni bir takım kavramlar vardır. Bu kavramların Türkçeye çevrilebilmesi mümkün ise bu yapılmış ancak özellikle ilk kullanımlarda bunların orijinal adları da muhafaza edilmiştir. Diğer yandan birtakım kavramların çevirisinin bazı sorunlara yol açacağı (tek kelimenin birçok kelime ile aktarılması gibi) düşünüldüğünden o kavramlar aynen aktarılmıştır. Son olarak çeviriden kaynaklanan bazı problemleri aşmak ve yazının daha iyi anlaşılması niyetiyle metne bazı ilavelerde bulunulmuş, fakat bunlar parantez içinde belirtilmiştir.

² (Ç.N.) Otto Pfersmann, Paris I (Pantheon-Sorbonne) Üniversitesinde profesördür ve aynı zamanda Oxford Üniversitesi Karşılaştırmalı Hukuk ve Avrupa Hukuku biriminin yardımcı direktörlüğünü yapmaktadır.

³ (Ç.N.) Genelde *anayasal siyaset (politique constitutionnelle)* kavramı ile *olağan siyaset (politique normale)* kavramları birbirinin zıddı olarak sunulmaktadır. Çünkü ilki, ilkeler üzerine müzakerelerde bulunmayı içermekte ve normatif bir uzlaşma ile neticelenmekte-

birlikte karşılaştırmalı hukuk planında en az ele alınan konulardan biridir. Bireylerin genel iradenin ifadesi, siyasi iradenin normatif sembolü olan, yasayı geçersiz kılabilir makama doğrudan başvurabilmesi hangi açıdan bakılırsa bakılsın genel kural olan yasayı tam anlamıyla tartışmaya açmakta ve bu durum birilerini heyecanlandırırken birilerini de rahatsız etmektedir. Sorunun önemli olduğu tartışma götürmez: Genelde konunun aceleci ve indirgemeci bir yaklaşımla ele alınması, bu yola gidilme nedenlerinin ve ona yönelik olumsuz ve eleştirel bakış açılarının belirtilmesi ihtiyacı *Anayasa Konseyi Defterleri*'nin bu sayısındaki mevcut dosyanın nedenini oluşturmaktadır.

Üç ülkenin (Almanya, Avusturya ve İspanya) deneyimlerinden ve Fransa ile ilgili geleceğe yönelik bir değerlendirmeden hareketle, bu örnekler kesinlikle yeterli olmamakla beraber kayda değer örnekler olduğu açıktır, (bireysel başvuru) taraftarlarının birkaç argümanını tartışmaya açabiliriz. Her sistem “kavrayıcı hukuk devletinin (*Etat de droit compréhensif*)”⁴ farklı görünüşleri arasında bir tercihte bulunmaktadır ve bu tercih ya öngörülemez veya kabul edilemeyen bir kısım olayların zorlamasından ya da bilinçli bir iradeden kaynaklanmaktadır. Bu konuya ilişkin bir değerlendirmede Belçika’da göz önüne alınabilirdi⁵. Çünkü orada kişilerin

dir. Oysa ikincisi, taraflar arasında bir pazarlık olarak kendini göstermekte ve ortak bir noktaya varma ile de son bulmaktadır.

- 4 (Ç.N.) “Compréhensif” sıfatı Larousse Sözlükte “bir konsept veya kavramın anlaşılmasına, kavranmasına ilişkin olan”, onun kavranmasını sağlayan şekilde ifade edilmektedir. Bu nedenle “Etat de droit compréhensif” ibaresi de “kavrayıcı hukuk devleti” olarak çevrilebilir. Çünkü bu hukuk devleti diğerlerine göre daha kapsayıcıdır ve kavramın daha açık olarak kavranılmasını sağlamaktadır. Yazara göre “Kendi içinde tutarlı, göreceli olarak normların kesinlik ve belirlilik içerdiği, ileriye dönük faaliyetlerin öngörülebilir olduğu ve alt normların üst normlara uygunluğunun yargısal organlarca denetimini kabul eden bir hukuk düzeni olarak tanımlanan hukuk devleti (ilkeleri), bir hukuk düzeninin bütün bileşenlerine uygulandığında “kavrayıcıdır”(compréhensif). Hukuk devleti (ilkeleri) daha önce yürürlükte olan (bireysel veya genel nitelikte) normlara uygulandığında düzelticidir (correctif). Eğer hukuk devleti (ilkeleri) üretim aşamasında olan normlara yürürlüğe girmeden önce uygulanıyorsa önleyicidir (preventif)”.
- 5 (Ç.N.) Belçika Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın II numaralı Başlık altında (8 ila 32. maddelerde) sıraladığı temel hak ve özgürlükler ile 170. (vergi işlemlerine ilişkin ilkeler), 172. (vergilemede eşitlik) ve 191. (yabancıların korunması) maddelerinde yer verilenlerden birinin yasa gücündeki bir işlem tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle kişilerin yaptıkları başvuruları kabul etmekte ve karara bağlamaktadır. Bu yolla başvuru, gerçek kişiler yanında kamu hukuku veya özel hukuk tüzel kişilerince de yapılabilmektedir. Kişilerin başvurabilmesi için vatandaş veya yabancı olmalarının da herhangi bir önemi yoktur. Bununla beraber kişilerin başvuruda bir menfaatinin olması ve bunu ispatlaması da gerekir. Diğer bir anlatımla bu kişiler başvuru dilekçelerinde itiraz edilen normun kendilerini şah-

yasaları çok kolay bir şekilde anayasa yargısı organına taşıyabildiği, ancak temel haklardan çok azını bu organ önünde ileri sürebildikleri orijinal bir sistem mevcuttur⁶. Diğer yandan adem-i merkezi anayasa yargısı sistemini, orijinal bir merkezi sistemle birleştiren Portekiz örneği, kişilere anayasallık sorunu içeren yargı kararlarına karşı Anayasa Mahkemesi önünde itiraz etme imkanını vermektedir⁷. Belki de Avrupa'daki deneyimi, başvuruçunun davanın tarafı olduğu ve dosyanın Yüksek Mahkemece kabulünün takdire bağlı olduğu Amerikan sisteminden çıkan tecrübelerle karşılaştırmak gerekirdi. Diğer yandan Orta ve Doğu Avrupa Ülkeleri⁸ anayasa yargısı sistemlerinin kazandırdığı büyük çeşitliliği de hesaba katmak gerekebilirdi. Bununla beraber, burada ortaya konulacak manzara bütün ülkeleri ve sorunu tüm yönleriyle ele almamakla birlikte bugün karşılaşılan tabloyla ilgili genel meseleler üzerinde fikir sahibi olmaya imkân vermektedir.

Gerçek ve tüzel kişilerin anayasa hâkimine erişimi hususunda üç ülkenin (Almanya, İspanya ve Avusturya) raporları(nın incelenmesi), bireysel başvuruyla alakalı genel şemayı anlamamızı sağlamaktadır. Fransa (hakkında,) raporda(ki değerlendirmeler) ise henüz bireysel başvuru kabul edilmediğinden bir hipotezi anlatmakta, başvurunun olası kabulü halinde olacakları keşfe çalışmaktadır⁹. Alman, Avusturya ve İspanyol (örnekleri hakkında) bilgiler, hangi normlara karşı (bireysel idari işlemler, yargı kararları, idarenin düzenleyici işlemleri, yasalar ve uluslararası antlaşmalar) hangi kabul edilebilirlik koşulları çerçevesinde başvuruda bulunulabileceğine dair yasal ve anayasal çerçeveyi bize tam olarak göstermekte-

sen ve doğrudan olumsuz bir şekilde etkilediğini ortaya koymak yükümlülüğündedirler. Bkz., www.constcourt.be/(4. 5. 2011)

6 Alman, Avusturya, Belçika, İspanyol, Portekiz ve İsviçre Modelleri Anayasa Yargısı Araştırma Grubu (GRJC) tarafından 1991 yılında düzenlenen bir sempozyumun konusu olmuştur. Bu sempozyumdaki bildiriler ise izleyen eserde yayınlanmıştır: **Annuaire International de Justice Constitutionnelle** 1991, PUAM Economica Paris 1993.

7 (Ç.N.) Portekiz Sistemi, Anayasa Konseyi Defterlerinin 10. sayısında mercek altına alınarak ayrı bir dosyada bütün yönleriyle, bu başvuru usulü de dahil, ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir.

8 Örneğin Arnavutluk, Macaristan Polonya, Rusya Federasyonu, Slovakya, Slovenya genel olarak temel hak ihlalleri için anayasa mahkemelerine bireysel başvuruyu tanımaktadır

9 (Ç.N.) Derginin 10. Sayısından bu çalışmanın ardından bahsedilen ülkelerin raporları ve Fransa'da bireysel başvurunun kabulünün olası etkileri hususunda bir değerlendirme yer almaktadır. Bkz., www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-10.52128.html (1.4.2011)

dir. Daha sonra (bu raporlarda) hukuki düzenlemeler; reform önerileri, öğretilerdeki tartışmalar ve uygulama ışığında bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve raporlar yazarının kişisel fikrini açıklamasıyla son bulmaktadır.

1. Anayasa Yargısının Polilemi (Polylemme)¹⁰

Konunun hemen başlangıcında kavramsal ve terminolojik bir belirleme yapmak gerekmektedir. İlk olarak, doğrudan (bireysel) başvuru olarak adlandırdığımız şey, gerçek veya tüzel bir kişinin, hakkını ihlal eden işlemin anayasallık denetimi için aracısız olarak anayasa mahkemesine başvurduğu usulî bir işlemidir. Olağan yargı yeri hâkiminin, anayasallık sorununu ön mesele yaparak yasayı anayasa mahkemesi önüne göndermesi bir bireysel başvuru değildir. İkinci olarak, böyle bir başvuru zorunlu olarak salt yasalara karşı yapılmamaktadır. Hatta bazı sistemler başvurunun kapsamının yasaları belli ölçüde içerdiğini ifade ederken bazıları onları tamamen denetim alanının dışında bırakmaktadır. İşte bu çeşitliliğin analiz edilmesi ve anayasal ilkeler bütününde yerinin belirlenmesi gerekir. Anayasa yargısının giderek daha da artan bir çeşitlilikte karşımıza çıktığı bir gerçektir. Bu çalışmada kişilerin anayasa mahkemesi önüne getirebildiği normları belirtmekle ve konuyu sadece bu noktadan olumlu ve olumsuz yönleriyle değerlendirmekle yetinilebilirdi. Fakat anayasa yargısının farklı görünüşlerinden her biri, hukuk sistemini şekillendiren ilkelerden bir tanesi üzerinde yapılan özel bir vurgudan kaynaklanmaktadır ve bu alandaki beklentilerin aynı anda ve tam olarak karşılanması mantıkî ve pratik olarak mümkün değildir. Bireyin anayasa hâkimi önündeki durumu, aslında bir başlangıç noktası değil sonuçtur. İçeriden bakıldığında (ulusal çerçeveden) her anayasa mahkemesi, türdeş bir yapı veya itiraz edilemez bir gerçeklik olarak görülebilir. Ancak karşılaştırmalı hukuk ve neticede dışarıdan (uluslararası deneyimler bağlamında) bakıldığında ise her anayasa mahkemesinin oldukça farklı verilerin bir araya gelmesinden oluşan bir yapı olduğu kolayca görülecektir: “hukuk devleti”nin belli bir anlayışı, “temel haklar” güvenliği ve “demokratiklik” prensibi. Bu unsurlar modern “anayasal demokrasinin” genel kavrayışında çoğunlukla iç içe geçmiş, karışmış haldedir. Farklı ülke deneyimlerinin incelenmesi, böyle bir anlayışın yanlış her halükarda çok genel bir bakış

¹⁰ (Ç.N.) Yazara göre “polylemme” kavramı, “birbiriyle çelişen birden fazla seçeneğin bulunduğu bir denklem için kullanılır”. Biz bu kavramı Türkçeye çevirmek yerine onun anlamını ortaya koyup Fransızca okunuşu üzerinden kullanımın daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

açısına denk geldiğini anlamamıza imkân verecektir. Teorik tartışmalar uzun dönemdir, hatta günümüzde, demokrasi ve anayasa yargısının uyuşup uyuşmadığı sorunu etrafında dönmektedir¹¹. Bu konu, hukuki ve siyasi yönleriyle özellikle yakın tarihlerdeki çalışmalarda da ele alınmıştır. Hukuki sistemlerin analizi çerçevesinde, anayasa yargısının çoğunluk demokrasisine, ister temsili isterse doğrudan demokrasi uygulansın, bir sınır olduğu en azından geçici olarak kabul edilebilir. Zira hangi şekilde nitelenirse nitelensin ve üyeleri hangi yöntemle tayin edilirse edilsin (demokratik veya değil); basit çoğunluğun kabul ettiği bazı kararlar, nitelikli çoğunluktan kaynaklanan ilkelerle çatıştığından bir yargı organı tarafından ortadan kaldırılabilmektedir. Bu noktada ülkeler arasındaki farklılıkların pek bir önemi de yoktur.

Hâkimin yaptığı, ilke olarak, aynı hukuk sistemi içinde yer alan birçok normu birbirilerine uygunluk açısından incelemektir. Bu normlardan biri, diğerlerine göre üst norm olarak kabul edilmiş ve bununla çatışan kuralların iptal edilmesi imkânı getirilmiştir. Normlar hiyerarşisinde altta bulunan normun yalnızca üstte bulunana uygun olması fikrinin değil aynı zamanda bu uygunluğu denetleyecek yargısal denetim mekanizmasına da sahip olunması düşüncesinin hukuk devleti olarak adlandırdığımız ilkenin unsurlarından biri olduğu genel kabul görmektedir¹².

¹¹ Bu konuda çok uzun zamandan beri yazılar yazılmış ve oldukça geniş bir kaynakça ortaya çıkmıştır. Bunlardan bir kaçını şöyle belirtebiliriz: a) Amerikan Modeli klasik teorisinin sunumu için bakınız: *The Federalist Papers*, no. 78; b) Anayasa yargısı Avusturya Modelinin klasik sunumu için bakınız: Hans Kelsen, "Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit", "Nature et développement de la justice d'État", Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1928, reproduit in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2. Vienne 1968, p. 1813 sqs., version française: "La garantie juridictionnelle de la constitution", in: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1928; Amerikan ve Avusturya modellerinin orleanist ve otoriter bakış açısından klasik bir karşılaştırması için bakınız: Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, reprint de l'édition de 1931, Berlin Duncker & Humblot, 1996 (réponse: Hans Kelsen, "Wer soll Hüter der Verfassung sein?", in: *Die Justiz*, vol. 6, p. 5-56); Amerikan literatüründe günümüzde bu konuda yaşanan tartışmalar için bakınız John Hart Ely, "Democracy and Distrust", *A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, 1980; realist perspektiften Kelsen'in modelinin eleştirisi için bakınız: Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris Presses universitaires de France (coll. Léviathan), 1994; Ronald Dworkin tarafından önerilen ve Amerikan modelinin "ahlaki" açıdan temellendirilmesi denemesi için bakınız: Ronald Dworkin, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford University Press 1996; anayasa yargısının, özellikle Amerikan modelinin, yakın dönemde demokratik çerçeveden bir eleştirisi için bakınız: Jeremy Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press 1999.

¹² Hukuk devleti bizim konumuz açısından daha az önemli olan başka unsurları da içermektedir: hukuk düzeninin belirliliği ve hukuki olarak çözüme kavuşturulan uyumsuzluklarda

Nasıl ki yasallığın veya düzenleyici işlemlere uygunluğun sağlanması fikri bunu denetleyecek bir hâkimi gerekli kılıyorsa Hukuk devleti de anayasallık denetimini yapacak bir hâkimi gerektirmektedir. Fakat hiçbir şekilde bu denetimin varlığı, hukuk kurallarının muhatabı olan bireylerin anayasa hâkimine doğrudan ulaşmasını mecburi kılmamaktadır. Fakat Avrupa’da anayasa yargısı alanında en eski sistem olan Avusturya sistemi, daha başlangıcında bireylerin başvurusuna açıktı. Bu ülkede tarihsel perspektiften bakıldığında Anayasa Mahkemesi, 1867 Anayasasından itibaren vatandaşların Anayasadaki temel haklarına aykırı idari işlemlere karşı yaptıkları başvuruları inceleyen İmparatorluk Mahkemesinin yerini almıştır. Kaldı ki bu hüküm 1867 Anayasasının temel esaslarından biriydi ve İmparatorluk Mahkemesinin kararları sadece açıklayıcı nitelikte idi. Bu Mahkeme, daha sonra Genç Cumhuriyet tarafından Anayasa Mahkemesi olarak adlandırılmış, yetkileri hızlı bir şekilde genişletilmiştir. Mahkemenin yetkileri arasında anayasal metinlerde teminat altına alınan hakları ihlal eden idari işlemleri ortadan kaldırma da bulunmaktaydı. Neticede 1 Ekim 1920 tarihli Federal Temel Kanun tarafından tamamıyla yeniden yapılandırılan Mahkemeye, anayasallık sorunu içeren uyuşmazlıkları çözme tekeli yanında düzenleyici işlemlerin yasallığı denetimini yapma yetkisi de verilmiştir. Bireysel idari işlemlerden doğan anayasal uyuşmazlıklara bakma görevi sürdürülerek daha da sistematik bir hale getirilmiş fakat bireylere doğrudan ne yasalara ne de düzenleyici işlemlere karşı başvuruda bulunabilme imkânı verilmemiştir. Diğer organlar özellikle ikinci ve son derece yargı yerleri, (Yüksek) İdare Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin bizzat kendisi somut norm denetimi için başvuruda bulunabilirken sadece siyasi organlar soyut norm denetimi yoluyla Mahkeme’den yasanın anayasallık denetimini talep edebilmektedirler. Böylece Avusturya Modeli, bireylerin haklarının korunması ve hukuk devletinin somutlaştırılması birlikteliğinden doğmaktadır.

Şayet hukuk düzeninde özgürlüklerin teminat altına alınmasının onlara anayasada yer verme yanında onların devlet organlarından kaynaklanan saldırılara karşı da korunmasını gerektirdiği fikrini genelleştirirsek, o zaman bu çalışmada “temel haklar” olarak adlandırdığımız ilkeyi inşa

çatışma şiddetinin azaltılması. Bu konuda daha geniş teorik bir çalışma için bakınız: Otto Pfersmann, “Prolégomènes pour une théorie normativiste de l’État de droit”, à paraître in: Olivier Jouanjan (dir.), **Figures de l’État de droit**, Presses universitaires de Strasbourg 2001.

etmiş oluruz¹³. Aslında bizatihi hukuk devleti, temel hakların varlığını zorunlu kılmamakta ve onları içermemektedir. Fakat birtakım temel haklar vardır ve bunlar, özellikli içerikleri dışında, bizatihi varlıkları ile hukuk devletinin zenginleşmesini sağlarlar, çünkü bu temel haklar temel üstün normların bir parçasıdır ve bu normlar da alt normlar karşısında geçerli kılınmalıdır. Bununla beraber bu açıklamalardan hakkı ihlal edilen kişilerin ihlallere karşı çare arayacakları bir takım yolların tesis edilmesi mecburiyeti çıkmamaktadır. Bu anlamda temel haklar, anayasal düzeydeki metinlerce ifade edilmesine ve işlemlerle faaliyet gösteren¹⁴ idareye atfedilen ihlallere karşı korunmuş olmasına rağmen hala zayıftır. Zaten Avusturya Modelinin¹⁵ ilk örneğinin ilginçliği de buradan kaynaklanmaktadır: o anayasal hukuk devletinin korunması ile birlikte temel hakların korunmasına da vurgu yapmakta ve bu iki sorumluluğu sadece tek bir yargı organına vermektedir.

Fakat niçin temel hakların sadece idareye atfedilen eylem ve işlemlere karşı korunması zorunludur? Bazı özgürlüklerin anayasal bir tanımlama ve korumadan yararlandığı gerçeğinden hareket ettiğimizde, hangi şekilde gelirse gelsin ve hangi organdan kaynaklanırsa kaynaklansın bütün ihlalleri ortadan kaldırmaya yönelik mekanizmaların kurulması zorunlu görünmektedir. Bu haliyle temel haklar bütünüyle hukuk devletinin içine katılmış olacaktır. Bununla beraber bütün hak ihlallerinin denetimini, aynı zamanda yasaların anayasallığını incelemeye yetkili kılınan organa verilmesini hiçbir teorik temel zorunlu kılmamaktadır. Kişiler tarafından yapılan başvurulara ilişkin modellerin ilginçliği, denetimin bazen bir organın elinde toplanması bazen de farklı organlara dağıtılmasındadır:

¹³ Temel hakların bu çalışmada önerilen tanımının, yazarın izleyen eserde ortaya koyduğu tanımdan daha belirsiz ve zayıf olduğu aşikârdır ("Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux", in: Louis Favoreu et al., **Droits des libertés fondamentales**, Dalloz 2000, s. 89-140). Böyle bir tanım da zaten bu çalışmada iradi olarak ortaya konulmuştur. Bu kavramın "kamu özgürlüklerinden" esaslı farkı şudur: bu haklar; anayasal, yasal bir temelden veya idari yargı tarafından üretilen hukukun genel ilkeleri statüsünden yararlanmakla beraber anayasa hukukunun değil de yasama hukukunun (*droit législatif*) alanındadırlar.

¹⁴ (Ç.N.) Bireysel zorlama yetkisinin varlığı, hâkime zorunlu olarak yasaların iptali yetkisini vermeyi gerektirmemektedir. Hâkimin bu hakları içeren anayasal hükümlere aykırı yasaları iptal etme imkânına sahip olması da bu durumu değiştirmektedir.

¹⁵ Şayet anayasaya aykırı idari işleme temel teşkil eden yasal hükümlerin bizzat kendisinin anayasayla bağdaşmadığı görülürse Mahkeme ikisi arasındaki usul ilişkisinden yola çıkarak bir yasanın anayasallık denetimini yapabilecektir ... Mahkemenin yetkisi, diğer başvurulara (özellikle yasa ve düzenleyici işleme karşı doğrudan başvurular) ve idari işlemlere karşı yapılan başvurulara bakmayı da içermektedir.

İspanyol sistemi yargı işlemlerinin denetimini içerirken yasaları ve düzenleyici işlemleri denetim dışında bırakmaktadır. Avusturya sistemi ise (bireysel) idari işlemlerin, yasaların, düzenleyici işlemlerin ve uluslararası antlaşmaların denetimini mümkün kılarken yargı işlemlerini kapsam dışında tutmaktadır. Alman sistemine gelince “kamu otoritesinin her tür işlemini” denetime açmakta ve böylece daha “kavrayıcı (*compréhensif*)” bir sistem olarak görünmektedir. Fransız sistemine gelince bu iki açıdan diğerlerinden tamamen farklıdır: anayasa tarafından teminat altına alınan haklar kuşkusuz yasamanın saygı göstermesi gereken haklardır. Ancak bunlar, bir ihlale maruz kaldığında kişilerin yasayı denetleyen hâkime gitmesine izin veren haklar değildir, yani kişilerin doğrudan anayasa hâkimine başvurusu kabul edilmemiştir¹⁶. Bu Fransız sisteminin tek belirleyici özelliği değildir.

Hukuk devleti ve temel haklar arasındaki birlikteliği yeniden tanımlama yönündeki her çaba, hukuk devletini daha da geliştirici bir anlam kazanmaktadır. Şayet norm üretim sisteminin (normlar kademesinde üstte bulunan normun) müsaade ettiği haricinde bir şeyi zorunlu kılan, yasaklayan veya ona izin veren bir norm mevcutsa, yargısal bir usulle onun hukuk sisteminden kaldırılması gerekmektedir. Fakat kusurlu yeni normların üretimini engellemek amacıyla önleyici mekanizmalar ortaya koymamız da mümkündür. Böyle bir düşünce az çok anlaşılabilir niteliktedir ve hukuk devletini daha da geliştirici yeni bir anlayışa da vurgu yapmaktadır. Bununla beraber düzeltici sistemi de içinde barındırmayan bir anayasallık denetimi, salt önleyici bir denetim, temel hak ihlallerine düzeltici yönde (onlara yönelik sonradan ortaya çıkacak veya anlaşılabilir olacak ihlalleri giderme amacıyla) yapılacak müdahalelere imkân vermektedir. Fransız sistemi (mevcut uygulaması ile)¹⁷ böyledir.

¹⁶ Aslında Anayasa Konseyi, seçim hâkimi olarak vatandaşlar tarafından yapılan başvuruları kabul etmektedir ve bu çerçevede oy hakkının temel haklardan biri olduğu da unutulmamalıdır. Ancak şurası bir gerçektir ki bu usul bağlamında anayasa hâkimi önüne taşınan şey, anayasa tarafından teminat altına alınan oy hakkı değildir. Seçim hâkimi, yasallık denetimi yapan bir hâkimdir; diğer bir ifadeyle denetim, oy ve seçilebilme konusundaki anayasal hükümleri yasal planda somutlaştıran metinlere dayanarak gerçekleştirilmektedir.

¹⁷ (Ç.N.) Makalenin kaleme alınmasının ardından Fransa’da somut norm denetimine imkân veren bir anayasa değişikliği kabul edilmiştir. Bu denetim çerçevesinde bireyler, yasanın temel hakları ihlali haliyle sınırlı olarak dolaylı yoldan anayasallık meselesini anayasa hâkimi önüne getirebilme imkânına sahip olmuşlardır.

Bununla beraber hangi anlayış kabul edilirse edilsin kesinlikle anayasaya uygunluk modeli soyut kalmaktadır. Önleyici ya da düzeltici uygunluk denetimi, az veya çok güçlü bir şekilde ifade edilen temel haklar ve hatta yargısal denetim var olsa dahi temel haklara yönelik yasama hükümlerini anayasa ile uyumlu kılma faaliyeti belirsiz kalabilmektedir. Aslında bu uyum çabası, hukuk devleti ilkesinin doğrudan bir sonucu da değildir, o az veya çok karmaşık işlemler bütünü ve olaylardan kaynaklanan oranı değişebilen ciddi zorlamaların bir neticesidir. Önleyici ve düzeltici usuller olmadan hukuk devleti olamaz, ama şayet bunları gerçekleştirmek için gerekli mekanizmaları öngörmez ise o zaman bu usullerin var olması da bir anlam ifade etmeyecektir. Bu noktada farklı tercihler kendini göstermektedir, çünkü bütün taleplerin aynı zamanda gerçekleştirilmesi mümkün değildir. “Kavrayıcı” bir çerçevede kalarak içtihatla az çok istikrarı sağlamak için denetimi sadece genel kurul halinde çalışan bir yargı organına vermeyi ve bu organın az sayıdaki kişiden oluşmasını tasarlayabiliriz. Bu şekilde bir mahkeme yapılanması “*monomicrocastique*”¹⁸ olarak adlandırılabilir. Ancak bu tarz bir yapılanma, dosyaların işlenmesi ve karara bağlanması süresinin yapılan başvuruların sayısına göre değişebilir olmasına katlanmamızı gerektirir. Şayet bu sakıncadan kurtulmak istiyorsak ya “*monomicrocastique*” yapılanmadan ya da kavrayıcı anlayıştan (*conception compréhensive*) vazgeçmek gerekir. Şayet kavrayıcı anlayıştan vazgeçersek, varsayımsal olarak hukuk devletini, özellikle temel hakları içeren hukuk devletini, sınırlandırmış oluruz. “*Monomicrocastique*” anlayışın terk edilmesi ise kavrayıcı anlayışın da bırakılmasını ifade eder, çünkü hipotez olarak biri diğerinin olmazsa olmaz koşuludur. “*Polydicastique*”¹⁹ ilkesi kadar “*macrocastique*”²⁰ ilkesi de kavrayıcılığı dolayısıyla hukuk devletini etkileyecektir. Diğer bir ifadey-

“Mahkeme önünde devam eden bir dava nedeniyle, Anayasa tarafından teminat altına alınan hak ve özgürlüklerden birinin yasal bir hüküm tarafından ihlal edildiği iddia ediliyorsa, Yargıtay veya Danıştay tarafından bu anayasal meseleden dolayı kendisine başvurulmuş Anayasa Konseyi belirlenen süre içinde kararını verir. Bu maddenin uygulanma koşulları bir organik yasa ile düzenlenir”.

¹⁸ (Ç.N.) Bir mahkeme genel kurul halinde karar veriyor ve bu genel kurul da az sayıdaki kişiden oluşmuş ise “*monomicrocastique*” olarak adlandırılır.

¹⁹ (Ç.N.) Ancak Mahkeme daire veya bölümlerden oluşan birtakım alt birimlerden oluşuyorsa o zaman o “*polydicastique*” adını almaktadır.

²⁰ (Ç.N.) “*Macrocastique*” ise oldukça fazla sayıda birim ve üyeden oluşan mahkemelerdir (olağan yargı yerlerinin temyiz mercileri böyledir).

le, hukuk devletini sınırlandırmanın farklı yöntemleri arasında bir tercihle karşı karşıya kalmaktayız²¹.

Bütün sistemler, bu polilem (*polylemme*) ile karşı karşıyadır: o halde hangi modelin hangi yönü, onu diğerlerine göre tercih edilebilir kılmaktadır? Bir tercihte bulunma zorunluluğu, bir tanesi hariç, bütün sistemlerin hukuk devleti ve temel hakları güçlü bir şekilde birbirine bağlayan daha kavrayıcı anlayışlara yönelmesi nedeniyle gittikçe daha da dramatik bir hal almaktadır. Paradoksal olarak kavrayıcı hukuk devletini gerçekleştirmenin organik somut araçları, bu hukuk devletinin sınırlarını da ortaya koymaktadır; onun gerçekleşme olasılığı zaman içinde kaybolup gitmektedir veya o artık kavrayıcı nitelikte değildir, çünkü kendisi bizatihi sınırlıdır, seçicidir veya bütünlüğünü kaybetmiştir.

2. Başvurunun Bireysel İşlemleri de Kapsayacak Şekilde Tesadüfi Genişlemesi

Kişilerin başvuruda bulunabilmesi kabul edildiğinde “kişi” kavramının geniş anlamıyla ele alındığı görülmektedir; gerçek ve tüzel kişileri kapsamasının yanında vatandaş ve yabancılar da bu kavrama dâhildir. Vatandaş olan ve olmayan arasındaki sınırlar tamamen kaybolmamakla birlikte geriye doğru çekilmektedir. Teorik olarak salt vatandaşlara tanınan haklar, yabancılara tanınmamaktadır. Bu noktada en problemlen alanlar ise, bu çalışmayı doğrudan ilgilendirmemekle beraber, ülkeye giriş hakkına ilişkindir. Tüzel kişiler sadece onların tüzel kişi olma niteliğinden doğan hakları ile ilgili başvuru da bulunabilirler. Tüzel kişiler açısından en önemli sorun kamu hukuku tüzel kişilerinin statüsüdür. Alman doktrini, onların temel hakları ile ilgili başvurularını, kamusal niteliklerini ileri sürerek reddetmektedir. Fakat Alman sistemi, meseleyi bir aşama sorunu olarak görmekte ve hatta burada incelenmemekle birlikte, belediyelere özgü bir başvuru yolunu da kabul etmektedir.

Hakların korunması (ideali), merkezi anayasa yargısı sistemlerinin gün yüzüne çıkmasında tarihsel olarak ilk, kavramsal olarak ise ikinci sırada yer alır. Şayet anayasa hakları koruyor ise ve o bu korumayı kişilere anayasa hâkimine başvuru imkânı getirerek sağlıyorsa, hak korumasından yararlananlar aynı zamanda o hakların sahibidirler de²². Diğer bir ifadey-

²¹ (Ç.N.) O halde bir yargı yeri hem “*monomacrodicastique*” hem de “*polymicrodi-castique*” olabilir.

²² (Ç.N.) Burada incelenen ülkelerde kişilerin kişisel bir menfaatinin doğrudan ve güncel bir tarzda ihlali halinde ancak bireysel başvuruda bulunabileceği hatırlanmalıdır.

le ilk düzeydeki haklarının korunmasını talep etmek için kişiler, ikinci düzeyde bir takım haklara sahiptirler²³. Fakat bu şekilde bir başvuru teorik olarak sadece anayasanın bir bölümünü ilgilendirmektedir. Oysa başvuru usulüne ve itiraz edilen norm türüne göre birçok seçenek mevcuttur: başvuru (bireysel) idari işlemlere karşı kabul edilebilir, yargı kararlarına karşı da olabilir veya genel normlar da (idarenin düzenleyici işlemleri, yasalar ve uluslararası antlaşmalar) başvuru konusu yapılabilir.

Bu bahsedilen çeşitlilik, Avusturya sisteminde açık bir şekilde görünmektedir. Anayasa hâkimine başvuru her şeyden önce (bireysel) idari işlemlere karşı yapılabilmektedir. Genel normlara karşı şahıs dilekçeleri, başka bir ad almakta, farklı ve daha katı bir usul izlemektedir. Esasen bireysel işlemlere karşı başvuru bu sistemin en ilgi çekici yanıdır. Avusturya'daki bu sistem, Monarşi döneminde yürütmenin temel haklar için potansiyel bir tehdit merci olarak algılandığı bir ortamda ortaya çıkmıştır. 1975 yılına kadar da yasa koyucu böyle bir algılamamanın konusu olmamıştır. Yasanın incelemeye konu yapılması için başvuru yetkisi, sadece yargı makamları ve siyasi otoritelere tanınmıştır. Hele hâkimler (mahkemeler), haklar açısından kesinlikle bir tehlike olarak akla getirilmemiştir. Geleneksel anlayış, idarenin yargıya tanınan emir verme yetkisine tâbi olmasının aksine hâkimin tam bir bağımsızlıkla hukuk bazında kararını almakta olduğudur. O halde gereken şey, daha önceden müdahalede bulunulan (denetim altında olan) değil de eksikliği hissedilen alanlarda hakları koruyan bir hâkimin mevcudiyetidir. Bu nedenle, Avusturya sistemi yargı kararlarını başvuruya konu olabilecek işlemler kategorisinden çıkarmaktadır.

Bu açıdan Avusturya sistemi Almanya ve İspanya'dakinden tamamen farklıdır. Bu ülkelerde anayasa yargısı daha yenidir ve kurucu iktidarın niyeti daha anlaşılır (kavrayıcı) bir tarzda karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke (hakların korunması ideali), kişileri hangi kamu organından kaynaklanırsa kaynaklansın "kamu gücü" tarafından yapılan hak ihlallerine karşı bireysel başvuru yoluyla korumayı hedefleyen anayasa tarafından da açıkça ifade edilmiştir. İspanyol raporu (örneği), anayasa yargısının ege-

²³ (Ç.N.) Burada ilk düzeydeki haklar olarak özel hayatın gizliliği, yaşama hakkı veya ifade hürriyeti sayılabilir. Kişilere bu haklarına yönelik haksız saldırıları önlemek, saldırılara son vermek veya saldırı neticesinde uğradıkları zararın tazmini amacıyla bir takım hak arama yolları; yani teşrii, idari veya yargısal başvuru imkânları tanınmıştır. Bunlar ikinci düzeydeki haklardır ve ilk düzeydeki hakların usulî güvencesini oluştururlar. Bu şekilde bir düzey ayrımının yapılması, haklar arasında bir hiyerarşi oluşturulduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.

men anlayışlarından biri olarak mahkeme kararlarına karşı da başvuru yapabilmenin önemini ortaya koymaktadır. (Bireysel) idari işlemlere karşı başvuruda bulunulabilmesi, kapsam dışına çıkarılmamıştır. Fakat idari yargı hâkiminin yetkileri bu alanda daha fazladır ve ancak bütün başvuru yolları tüketildikten sonra, son derece mahkemelerinin yargısal işlemleri anayasa hâkimi önüne taşınmaktadır. Fakat bu durum, anayasa mahkemelerinin yargı teşkilatının içine dâhil edilmesi anlamına da gelmektedir. Oysa İtalyan ve Avusturya sistemlerinde somut norm denetimi bağlamında yargı yerlerinin başvurusu yoluyla anayasa yargısı organı ve diğer yargı organları ilişkisi basit bir şekilde ortaya konmuştur.

Yargısal işlemlere karşı başvuru, anayasallık meselesi ile sınırlandırılmış olsa da, fonksiyonel açıdan yeni bir yargı düzeyinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Bireysel başvuru mekanizmaları, anayasallık itirazından tamamen farklı bir tarzda bir araya getirilip uyumlulaştırılırken bu üç ülke (Almanya, Avusturya ve İspanya) uygulaması, iki temel nokta üzerinde birleşmektedir: ilki, Almanya'da olduğu gibi Avusturya ve İspanya'da da dosyaların, dolayısıyla temel haklar konusundaki içtihadın, ezici çoğunluğu bireysel işlemlere yönelik hak ihlali iddialarını ilgilendirmektedir. Bu noktada anayasa yargısı, olağanüstü (istisnai, ikincil nitelikte) idari veya adli yargı makamı gibi hareket etmektedir denilebilir. İkinci nokta ise kabul ve redde ilişkin usullerin kendini yoğun olarak bu istisnai yargı yolunda göstermesidir. Tam bu aşamada kavrayıcı hukuk devletinin en keskin şekilde sınırlanması ile karşı karşıyayız, çünkü başvuruların sadece kabul edilebilirlik şartlarını taşımama nedeniyle reddedilebilmesinin yanında bu ret kararları, bahse konu anayasa mahkemelerinin alt birimleri tarafından gerekçesiz veya tamamıyla basmakalıp bir gerekçe ile (bazı koşullarla sınırlı olmakla birlikte) verilebilmektedir.

Temel hakları ihlal eden yasalara veya daha geniş anlamıyla genel normlara karşı başvuru, içtihadî eğilimin bu yönde olduğu yönünde görüşler (ülke) rapor(un)da²⁴ ifade edilse de, İspanyol sisteminde mevcut değildir. Yasalara karşı başvuru, Alman ve Avusturya sisteminde kabul edilmiştir. Fakat Avusturya'da bu tip başvuru idari işlemlere karşı başvurudan katî bir tarzda farklılık arz eder. Almanya'da ise yasaya başvuru kabul edilebilirlik şartlarının (diğer kamu işlemlerine karşı başvurulara göre) daha da katı kılınması ile ayrılmaktadır. Bu iki durumda da, başvuru tam an-

²⁴ İspanya raporu için bakınız: www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/documentation-publications/cahiers-du-conseil/cahier-n-10/l-amparo-constitutionnel-en-espagne-droit-et-politique.52372.html (4.4.2011)

lamıyla ikincil niteliktedir, çünkü diğer öngörülen bütün başvuru yollarının tüketilmesinin ardından kullanılır. Bu durum, temel hakların kural olarak bireysel işlemlerle ihlal edilebileceği ve dolayısıyla genel normların kendisine karşı değil de onları somutlaştıran bu işlemlere karşı esasen başvurunun yapılması gerektiği fikrinin ne derece egemen olduğunu göstermektedir. Gerçekten de genel bir norm tarafından bir hakkın ihlali için (ve dolayısıyla o ihlalin başvuruya konu olması için) o normun zaman yönünden hemen ve normatif planda da doğrudan bir etki meydana getirmesi zorunludur. Diğer bir ifadeyle kendisine karşı başvuru yapılacak genel norm soyut olmamak zorundadır ve bizzat normun kendisi anayasanın koruduğu bir özgürlüğün somut bir ihlaline yol açmalıdır; yani genel ve soyut bir norm, kendisini somutlaştıran bir işleme ihtiyaç göstermeksizin muhataplarını doğrudan doğruya etkileyecek nitelikte olmalıdır. Bir yasa veya düzenleyici işlem, anayasaya aykırı somut işlemlerle adeta kaynaştığı, iç içe geçecek derecede onlarla yakınlaştığı ölçüde başvuru konusu olabilecektir. Neticede soyut niteliği açık olan bir norm, (mesela) kavramın maddi ve kesin anlamı ile bir yasa, bireysel başvuruya konu olamayacaktır. İlke olarak, ayrıca bir somutlaştırma işlemini gerektirmeyen şekli anlamda düzenleyici işlem ve yasama işlemi niteliğine sahip genel normlara karşı başvuruya izin verilmektedir.

Daha kavrayıcı nitelik arz eden Alman sistemi bu noktada daha kısıtlayıcıdır, çünkü o Avusturya sisteminde kabul edilmeyen bir takım süreler de öngörmektedir. Bu durum özellikle Alman anlayışında anayasa aykırılık halinde yasanın sadece geleceğe dönük olarak ortadan kaldırılmadığı (*pro futuro*²⁵) aynı zamanda yok hükmünde ilan edildiği (*déclarée nulle et non avenue*²⁶) netice olarak işlemin yapıldığı andan itibaren geçerlilikten yoksun kılındığı (*ab initio*²⁷) düşünüldüğünde daha çarpıcı hale gelmektedir²⁸. (Genel normları) somutlaştırma mecburiyeti o derece katı uygulan-

²⁵ (Ç.N.) *Pro futuro*: Geleceğe dönük etki

²⁶ (Ç.N.) *Déclarée nulle et non avenue*: Geçersiz ve hiç doğmamış sayma, yok hükmünde sayma

²⁷ (Ç.N.) *Ab initio*: (Olay veya işlemle ilgili olarak) başlangıçtan beri

²⁸ Bununla beraber bu ilke, birçok istisna ve farklı düzenlemeleri de içinde barındırmaktadır. Çünkü genel normun geçersiz kılınması, temelinde söz konusu yasal hükümlerin olduğu bireysel işlemlerin geçerliliğine (dolayısıyla geçmişe etki etmesine) engel olmamaktadır. Burada hatırlanmalıdır ki ideoloji ve hedefler konusunda bir fikir veren genel ilkelere inanılmaz değil de alt derecedeki normların (üst normlara) uygunluğunu sağlamaya yönelik kuralların bütünü (varlığı) Hukuk devletinin kendine özgü bir modelini ortaya koymaktadır.

maktadır ki bu katılık başvurunun hayata geçme şansının var olup olmadığını sorgulamamıza yol açmaktadır. Hatta bazıları (bu genel kurallara karşı) başvuruyu öylesine önemsiz ve sınırlı bir şekilde tasarlamaktadır ki böyle bir usulün yararından ve hukuki varlığından şüphe duyulabilir. Bu ve benzeri tereddütler, başvuruların çok azını kabul edilebilir bulan ve birinci aşamayı geçen tarihli başvuruverenler arasında sadece çok sınırlı sayıdaki bölümüne esas aşamasında hak veren Alman ve Avusturya Mahkemelerinin son derece katı içtihadı ile daha da güçlenmektedir.

Bu aktarılanlardan üç gözlem ortaya konulabilir: İlk olarak başvuru, yapılan müracaatların sayısından etkilenmeksizin tartışmasız bir şekilde hukuki alanda mevcut olduğu gibi başvuru dilekçesinin hazırlanması, imkânsız bir konunun yazıya dökülmesi olarak da nitelenemez.

İkinci olarak, bu çerçevede yapılan başvuruların bir kısmı hukuk düzeninde (toplum hayatında) önemli etkiler meydana getirmiştir. Ticari işyerlerinin açılış saatleriyle ilgili veya satın alma fiyatının altında bir fiyatla ürünlerin satışının yasaklanması²⁹ konusundaki yasal düzenlemeler hakkında verilen kararlar bu anlamda dikkat çekici örnekler olarak karşımıza çıkmaktadır.

34

Üçüncü olarak Fransız geleneği genel anlamda yayınlanmış ve yürürlüğe girmiş bir yasanın inceleme konusu yapılmasına ve daha özeldede bireysel başvurunun kabulü düşüncesine tamamen karşıdır³⁰. Ancak uzun zamandır ve kesintisiz bir şekilde Fransa, (genel normların bir türü olan) idarenin düzenleyici işlemlerinin iptal davası yoluyla idari yargı hâkimleri tarafından incelenmesi mekanizmasını benimsemekte ve uygulamaktadır.

Son olarak genel normlara (yasalar, düzenleyici işlemler ve uluslararası antlaşmalar) karşı doğrudan başvurunun değerlendirilmesinde, anayasal politik (*politique constitutionnelle*) terimiyle, kavrayıcı hukuk devletinin muhtemel unsurları arasında bir tercihin de ortaya konması gerekmektedir. Bu açıdan, kişilerin anayasa tarafından teminat altına alınan haklarını doğrudan ihlal eden yasalara karşı ikincil bir nitelik taşıyan bu başvuru,

²⁹ Bu hususla ilgili içtihadın ayrıntılı bir değerlendirmesi için bakınız: **Annuaire International de Justice Constitutionnelle** 1990, Paris,1992, s. 461-486

³⁰ Bu konuda Fransız geleneğindeki katı tutumun ancak 2007 yılında yapılan anayasa değişikliği ile aşıldığını belirtmek gerekir. Ancak yürürlüğe giren yasanın Anayasa Konseyi tarafından ele alınması sınırlı bir somut norm denetimi bağlamında mümkün olmaktadır. Bu konuda 17 nolu nota bakılabilir.

düzeltilici-kavrayıcı hukuk devleti ilkesinin bir anlamda somutlaştırılması- nı ifade etmektedir. Böyle bir başvuru, kişilerin hukuki durumları üzerinde somut ve hemen etkiler doğuran yasal düzenlemelerle sınırlıdır. Oysa bu tür düzenlemeler az sayıdadır, çünkü genel ve soyut normlar nadiren somut etkiler meydana getirmektedir.

3. Kavrayıcı Hukuk Devletinin Zayıflaması

Doğrudan başvurunun farklı şekilleri, düzeltilici-kavrayıcı hukuk devletini benimseyen sistemlerde kişilerin temel haklarının korunmasına yardımcı nitelikteki haklar olarak görülebilir. Teoride bu tür başvurular önleyici denetime, dolayısıyla Fransız sistemine yabancıdır. Kendisine gelen başvuru dosyalarının sayısında zamanla belirgin bir artışın yaşandığı Fransız Anayasa Konseyinin, mevcut haliyle düzeltilici sistemlerde olduğu gibi anayasaya aykırı uygulamaların bütününe karşı yapılan başvuruları karara bağlayabilmesi mümkün gözükmemektedir. Fransız Anayasa hâkiminin iş yükü, maddi olarak parlamentonun yasama kapasitesi ile sınırlıdır ve şimdiye kadar Konsey, işleyiş tarzında temel bir aksaklık olmaksızın kendisine düşen görevleri belirtilen sürelerde gerçekleştirmiştir.

Buna karşılık düzeltilici modelin bütün mahkemeleri, birkaç gün içinde 11 bin başvuruyu kaydetme durumunda kalan Avusturya'da olduğu gibi, iş yükü altında ezilme sorunuyla, hatta bu sebepten sistemin tamamen kilitlenmesi riskiyle karşı karşıyadırlar³¹. Fransız sistemine düzeltilici denetime ait bazı unsurları eklediğimizde, ne olacağını tam olarak tahmin edebilmek oldukça zordur. Aynı şekilde kişilerin anayasa yargısı organı önünde, anayasa aykırılık içeren yasal düzenlemelere karşı dava açabilmeleri halinde nasıl bir tabloyla karşılaşabileceğimizi de bilebilmemiz mümkün gözükmemektedir. Ancak böyle bir değişikliğin mevcut *monomicrodicastique* sistemle bağdaşmadığı hususunda kuşku yoktur. Bu sistem bizatihi, (derginin) bu sayı(sın)da incelenen örneklere benzer veya daha da kompleks nitelik arz eden bir hukuk sistemi bağlamında da kavrayıcı hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Düzeltilici denetim yapan mahkemeler, henüz onları tamamen işleyemez hale getirmiş olmasa dahi (hakların) hukuki koruma sistemini hissedilir bir şekilde dönüştüren bir yapısal bir kilitlenme ile karşı karşıyadırlar. Farklı versiyonlarıyla bireysel başvurunun mevcut durumu üç özellik

³¹ Bkz., *Le récit du Président Ludwig Adamovich*, in: **Cahiers du Conseil constitutionnel**, 7 (1999), p. 55-60.

göstermektedir: istisnai bir hak olarak (bireysel) başvuru hakkının³² zayıflaması ve tesadüfi hale gelmesi, *monomicrodicastique* ilkesinin yavaş yavaş terk edilmesi, düzeltici-kavrayıcı hukuk devleti ilkesinin ideolojik açıdan zayıflamakla birlikte mevcudiyetini devam ettirmesi.

Başlangıçtaki oluşumuna göre istisnai bir hak olarak başvuru hakkı, bazen filtreleme olarak tanımlanan takdire bağlı kabul edilebilirlik şartlarının güçlendirilmesine paralel olarak gittikçe zayıflamaktadır. Oysa bu hak, Avrupa Anayasa Yargısının kurucu unsurlarından birini oluşturmaktadır. Hâkime erişim, artık kabul edilebilirlik kurallarının etkili bir şekilde uygulanması sonucunda değil, bu erişimi büyük ölçüde tesadüfi kılan zararın ve olayın öneminin sübjektif değerlendirmesinin ardından mümkün olmaktadır³³. İlk bakışta, ilginç bir şekilde, kabul edilebilirlik şartlarının Almanya'daki gibi katı olduğu Avusturya'da, yasaya karşı bireysel başvuru durumunda sonucun daha başarılı olduğu görülmektedir. Tesadüfi nitelikteki bu sonuç, yirmi yıllık uygulanmasında ana çizgileri belirginleşmiş olsa da hale bazen genişletici bazen kısıtlayıcı yorumu benimseyen içtihadın bütünlükten görece yoksun olmasından kaynaklanmaktadır.

“*Monomicrodicastique*” ilkesi zaman içinde zayıflamıştır, çünkü hâkimler karar verme yetkisini her zaman korumakla birlikte, dosyaların hazırlanmasının giderek hâkim statüsünde olmayan uzman hukukçulara devredildiği ve işlerin dikey bölüşümü usulünün uygulandığı alt yapı birim-

³² (Ç.N.) “İkincil bir temel hak olarak başvuru hakkı (*le droit fondamental accessoire de recours*)” ibaresindeki “ikincil” kavramı başvuru hakkının veya diğer bir ifadeyle hak arama özgürlüğünün önemsiz olduğunu ifade için kullanılmamıştır. Kavram, esasen başvuru hakkının hukuk metinlerince tanınmış diğer hakların önkoşulu ve usulî güvencesi olduğunu anlatmaktadır.

³³ Fransız Realist Okulu, hâkimin kendisini bağlayan kurallara ve onların uygulanmasına bizzat kendisinin karar vermesi nedeniyle her türlü kararın zaten takdirî nitelikte olduğu iddiasını ileri sürebilecektir. Böyle bir iddia, sadece somut olaya ilişkin karara, normatif bir değer atfederek çeşitli normatif yapılar arasındaki farklılığı inkâr etmek demektir. Bu mantiki değerlendirmeyi devam ettirirsek çeşitli hukuki korunma mekanizmaları arasında esasında bir farkın olmadığı sonucuna ulaşmamız gerekir (Neticede her türlü başvuruda hâkim kendi takdirine göre karar vermektedir). Oysa burada, kararların normatif çerçevesini oluşturan kural yapıları arasındaki farklılıklarla ilgileniyoruz. Bu noktada, kuralların uygulanmasıyla somut olayda varılan yargının (olayla sınırlı kararın), hâkimin uygulamak yükümlülüğünde olduğu (genel) kurallar açısından hukuki bir analize tabi tutulup tutulması meselesi ortaya çıkmaktadır. Zaten kural yorumu ihtiyaç olmaksızın uygulamaya müsait ise, analiz kuralın üretim usullerine uygunluğu analizi ile sınırlı olacaktır.

leri (bölümler, daireler veya daha alt birimler olarak komisyonlar, komiteler) bütün mahkemelerde artık yer almaktadır³⁴.

Almanya’da bu gelişme çok önemli bir eşiği artık geçmiştir: kabul kararı üç hâkimden oluşan kurul tarafından oybirliğiyle gerekçesiz olarak alınmaktadır ve bu kararın öncesindeki aşamada ise hâkim statüsünde olmayan görevliler başvurucuya başvurunun başarı şansının olmadığını bildirebilmektedirler; 1951 ile 1997 yılları arasında 185 814 adet başvuru bu bahsettiğimiz usulle reddedilmiştir. Yargısal kararın alınması ile kararın (hâkimlerin dışında gelişen) hazırlık aşaması arasındaki kopukluk daha da ileriye götürülebilmektedir. Fakat dosyaların elenmesi etkisini gösteren her hazırlık aşamasının fonksiyonel açıdan yargısal bir faaliyet olduğunu unutmamak gerekir ve bu şekilde bir değişme “*monomicrodicas-tique*” ilkesinin terk edilmesi anlamına gelmektedir. Şekli anlamda “*monomicrodicas-tique*” ilkesinin muhafaza edilmesi ise ister istemez, çözü-mü önemli yapısal etkiler doğuracak dosyaların seçilerek ele alındığı Amerikan Modeline yakınlaşmayı da beraberinde getirmektedir. İki modelin bu yakınlaşması elbette yaygın denetim ve merkezi denetim arasındaki farkın ortadan kalkması anlamına gelmemektedir. Ama bu durum Avrupa anayasal korunma sistemini de nihayetinde temelinden değiştirecektir. Giderek etkisini daha da hissettiren bu iki yöneliş, özellikle Almanya ve İspanya örneklerinde görüldüğü gibi, saf bir kavrayıcı hukuk devletini ve ikincil hak olarak başvuru hakkını gerçekleştirmeyi vaat eden kurucu anayasal metinlerin muhafazası ile birlikte yaşanmaktadır. Böylece anayasal normların içeriğinde açık bir şekilde formüle edilmeyen değişikliklere tanıklık etmekteyiz. Oysa farklı hukuk devleti anlayışlarının bileşenleri arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanan problemler azalma seyri göstermemekte, aksine onu kilitleyecek yeni eşiklere doğru gitmektedir. Demek ki hukuk devletinin somut olarak gerçekleşmesi ile kavrayıcı hukuk devleti ideali arasında giderek artan oranda bir tezat olacaktır.

Sonuç: Referansları Belirgin Kılmak

Anayasal politik bağlamında Fransa’da düzeltici denetim unsurlarını veya yasalara karşı ciddi şekilde sınırlandırılmış doğrudan başvuruyu kabul

³⁴ Bu gelişme hakkında ayrıntılı bir inceleme izleyen makalede bulunmaktadır: “Les méthodes de travail du juge constitutionnel autrichien”, in: **Annuaire international de justice constitutionnelle**, VIII (1992), Paris, Economica 1994, s. 179-214. Buradaki gözlemler düzeltici denetim yapan diğer mahkemeler için de geçerlidir. Buna karşılık diğer yüksek yargı yerleri buna tamamen tezat bir yolu benimsemektedirler: Onlar gittikçe “*polymicrodicas-tiques*” bir yapıya bürünmektedirler.

etme amaçlı reform projelerini tekrar canlandırmak yerinde midir? Düzeltici-kavrayıcı hukuk devleti sistemlerinde iş yükü altında boğulma üzerine bitmek bilmeyen tartışmada yeni bir iddia ileri sürebilir miyiz? Bu problemin birkaç satırla ciddi bir biçimde ele alınabilmesi mümkün değildir. Ancak bu çalışmada dile getirilenler, sayısal ve hukuki bilgilerden hareketle geliştirilecek ve zorunluluk arz eden böyle bir tartışmanın yapılmasına katkı sağlayacaktır. Burada sonuç mahiyetinde iki gözlemlerle yetineceğiz, ilki, ulusal deneyimlerin analizinden ortaya çıkarken diğeri ise gelecek tartışmalara yol göstermesi amacıyla ileri sürülen ispata muhtaç bir görüştür. Anayasal korunma mekanizmalarının değiştirilmesine yönelik her türlü öneri, normatif gerekliliklerin uyumlulaştırılması hususundaki zorunlulukları hesaba katmalıdır. Oysa hukuk düzeninin kendisine yön veren temel ilkelere uygunluğu açısından olaya baktığımızda, bunun dikkate almayı arzuladığımız referansların ideolojik olmayan bir tarzda ve açık bir şekilde vurgulanmasını ve gerçekleşemez olan *tam bir hukuk devletinin* yasını samimi bir şekilde tutmamızı gerektirdiği söylenebilir. Bu şartlar altında, düzeltici anayasallık denetiminin temel getirilerinden biri, vatandaşın diğerlerinin onun haklarına saygı duyacağına veya bir başkasının (devletin) diğerlerini onlara saygı göstermeye zorlayacağına ilişkin inançtan muaf tutmasıdır (diğer bir ifadeyle devletin veya vatandaşın kötülük yapamayacağı şeklindeki yanılısama terk edilmiştir). Ayrıca zayıf bir düzeyde ve katı kurallarla çerçevelenmiş ikincil nitelikte bir hak olsa dahi vatandaş, diğerlerinin ihmal ettiği, önemsemediği (hakkı ihlal eden) yasanın (anayasaya) uygunluk incelemesini talep etme yetkisiyle donatılmıştır. Yasaya karşı doğrudan başvuru (süresiz olmalı, çünkü sıklıkla eski yasalar yakın dönemde kabul edilen anayasal gerekliliklerden uzak görünmektedir.) temel hakların güçlendirilmesini ve anayasa yargısının demokratikleşmesini ifade etmektedir. Onun muhafazası Alman ve Avusturya sistemlerinde gerekli görünmektedir, çünkü ikincil bir hak olarak başvuru hakkı, (idari veya yargısal nitelikteki) bireysel işlemlerin anayasallık denetimi konusunda zayıflamaktadır. Onun, temel hakları yararlanıcılar ve hak sahipleri olarak ayıran Fransa'da benimsenmesi de yararlı olabilecektir (tabi ki onun gerçekleşmesine ilişkin esasların tereddütsüz bir şekilde kabul edilmesi koşuluyla).