

## «YENİ - ANAYASACILIK» ÜZERİNE NOTLAR

Anayasaların okunmasında «siyasi» tezden «hukuki» teze geçiş  
ya da «duvergerismo» krizi (\*)

Doç. Dr. Bakır ÇAĞLAR (\*\*)

"After all, I submit, the first duty of an  
iconoclast is to know his icons"

G. Poggi

I. — Anayasaların okunmasında «siyasî» tezden «hukuki» teze ilk  
veriler. «Anayasa, gölgelerin barındığı alegorik bir tapınak  
mıdır?..»

Demokratik - liberal sistemlerde, bugün, hukuki düzenin temeli olan  
Anayasa'nın yeniden keşfine tanık olunmakta ve bir anlamda yeni bir  
«anayasacılık» ( néo-constitutionnalisme) kendini belli etmektedir<sup>1</sup>.

Yeni-anayasacılık, temel norm olarak anayasa üstünlüğünün açığa  
çıkmasıdır ve anayasa düşüncesinin sadece siyasi değil ama, hukuki biçimi  
ile de büyük yenilenişinin bir ifadesidir.

---

(\*) Bu notların taslağı, Marmara Hukuk Fakültesinde 1985-6 akademik yılında prog-  
rama konan «Anayasa yargısı» ilk dersi kürsüsü - üstü notlarıdır.

(\*\*) Bakır ÇAĞLAR, İ.Ü.S.B.F. öğretim üyesidir.

1) L Favoreu, «Propos d'un néo-constitutionnaliste» in I. - L Seurin et al., Le consti-  
tutionnalisme aujourd'hui, Economica, Paris 1984, s. 22.

**Ferdinand Lasalle**, hegelci solun etkisinin büyüdüğü yıllarda 1862 de, **anayasanın özü** konusunda verdiği Berlin konferansında anayasanın sadece bir kağıt parçası, **gerçek iktidar münasebetlerini** maskelemekten başka fonksiyonu olmayan önemsiz bir belge olduğu düşüncesini geliştirmiştir<sup>2</sup>.

Bu düşünce, **marksist** teoriden **liberal** teoriye, düşünceler yelpazesinin çok farklı kesimlerinde yer alan anayasa hukukçuları tarafından da paylaşılmıştır<sup>3</sup>.

**Yeni-marksist ekol** hukuki kurumların nisbi özerkliğini, özellikle **Gramsci'nin** etkisinde, kabul etse de aynı çizgiyi sürdürmekte<sup>4</sup>, siyaset biliminden etkilenen liberal teorisyenler, özellikle **yeni - Bordeaux ekolüne** yakın hukukçular da benzer değerlendirmeler yapmaktadır. Anayasa kavramını değerden düşürücü bu tür analizlerde, **anayasanın teminatı hukuki mekanizmalara** yaklaşımın da yeri yoktur.

Gerçekte ise, önce Birleşik Devletlerde, İkinci Dünya Savaşı sonrasında başlayarak Kıt'a Avrupasında, anayasa kavramı, gelişmesi son yılların en önemli olaylarından biri sayılan **anayasa yargısının müdahalesi** ile<sup>5</sup>, olağanüstü bir değer kazanmaktadır. Demokratik-liberal sis-

---

2) Cf. P. Bon et al., La justice constitutionnelle en Espagne, Economica, Paris 1984, s. 22 vd.

'Lasalle'in tezleri, tarihi ortamı ve değerlendirilmesi için bk. B. Mirkine-Guetzévitch, Les Constitutions de l'Europe Nouvelle, Paris, 1930, s. 13 vd.

3) Cf. G. Burdeau, «Une survivance : la notion de Constitution», in L'évolution du droit public. Etudes en l'honneur d'A. Mestre, Sirey, Paris 1956, s. 53 vd.

Burdeau yazısının sonunda, hukukçuların cevaplamaktan çekindiği şu soruyu sormaktadır : «Anayasa, gölgelerin barındığı alegorik bir tapınak mıdır?».

4) Bu konuda tipik bir örnek için bk. M. Miaille, L'Etat du droit Introduction à une critique du droit constitutionnel. Maspero, P.U. de Grenoble, 1978.

Ayrıca, marksist teoride *anayasaların nisbiliği* konusunda bk. C. Leclercq, Droit constitutionnel et institutions politiques, Litlec, Paris 1984, s. 115 vd.

5) Cf. M. Cappelletti, «Nécessité et légitimité de la Justice constitutionnelle in, L. Favoreau, ed., Cours Constitutionnelles européennes et droit fondamentaux, Economica, Paris 1982, s. 23 vd.

Bu alandaki gelişmeler son yıllarda bir dizi kollokyumun da konusu olmuştur: Heidelberg 1961), Louvain (1978), Aix (1981), Uppsala (1984).

temlerde bugün, **Temel Yasalar** hukuk planında bir gerçektir ve uygulama ve yorumlarının da siyasi planda büyük etkisi vardır<sup>6</sup>.

Bu anlamda eğer XIX. Yüzyıl **Parlamentolar** yüzyılı olmuşsa, XX. Yüzyıl da **Anayasa Mahkemeleri** yüzyılıdır<sup>7</sup>. Bu yeni «politik» - «hukuk» diyalektiği **Anayasa hukuku** bilimini de etkilemekte, değiştirmektedir.

«Yeni-anayasacılık»la ilgili bu kısa notlar çerçevesinde önce, «**Üstün Hukuk**» ve üstün hukukun teminatı probleminin bir çeşit **arkeolojisi**, Coke, Marshall, Kelsen üçgeni (II); **Avrupa modeli anayasa yargısının gelişmesi** ve gelişmeyi gerçekleştiren üç dalga (III), sonra bu gelişmelerin **anayasa hukuku ekolleri** üzerinde etkisi (IV), milli ve milli üstü anayasa yargısının etkisi ile **Haklar Bildirileri** ya da «**Felsefe - Anayasalar**»-in **hukukileşmesi** (V) üzerinde durulmuştur.

II. — **Cooke, Marshall, Kelsen Üçgeni** : **Üstün Hukuk** ve üstün hukukun teminatı problemi «**Dr. Bonhams's case**»den, «**Marbury v. Madison**» ve **Kelsen'in «Avusturya Anayasa Mahkemesi»** ne.

Anayasa Hukukunda «**Dr. Bonham's Case**» olarak bilinen 1612 tarihli davada yargıç **Edward Coke**, «**Common Law**»u, parlamenter yasaların uyması gereken «**Üstün Hukuk**» (Higher Law, Lex Superior) olarak görmüş ve «**Coke Doktrini**» doğal hukuk düşüncesi ile bütünleşerek, Birleşik Devletlerde Anayasa yargısını kuran, **Chief Justice Marshall**'ın 1803 tarihli «**Marbury v. Madison**» kararının kaynakları arasında yerini almıştır<sup>3</sup>.

Anayasa yargısının bu ilk erken örneğinden önce, Coke doktrini-

6) Şüphesiz anayasa kuralları, yorumlanmaları ve Anayasa Mahkemelerinin müdahalesi, siyasi güçler dengesinin ifadeleri olarak incelenebilir. *Ch. Eisenmann*'ın 1928'lerde yazdığı gibi «...Eşyanın mantığı icabı anayasa yargısı, son bir tahlilde, hukuki uzlaşmazlıklara dönüştürdüğü siyasi mücadelelerin herhalde kısmi ancak aslına sadık bir yansıtıcısıdır».

Cf. *Ch. Eisenmann*, La Justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris 1928, s. 137. Ancak bu, problemin sadece bir cephesidir ve anayasa konusunu da tüketmez.

7) *P. Bon et al.*, op. cit., s. 32.

8) Cf. *M. Cappelletti*, Judicial Review in the Contemporary World. Bobbs-Merill, N.Y. 1971, s. 25 vd. ; *R. D. Rotunda*, Modern Constitutional Law, Cases and Notes, West Pub. St. Paul, Minn., 1981, s. 12 vd.

nin tatbikatına 1786 tarihli «Trevett v. Weeden» ve 1787 tarihli «Bayard v. Singleton» davalarında da rastlanır<sup>9</sup>.

Bu oluşun altının çizilmesi, kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi formülünün anayasa teorisine bir «amerikan katkısı» olarak değerlendirilemeyeceğini de gösterir<sup>10</sup>.

**Marshall**'ın kararı şüphesiz önemli bir yeniliktir ama, gerisinde özellikle ortaçağ düşüncesinin geliştirdiği **Üstün Hukuk Teorisi**<sup>11</sup> ve bu teorinin, Parlamantonun **Üstünlüğü** (Parliamentary supremacy) ve pozitif hukukun üstünlüğü prensibini getiren 1688'in «Glorious Revolution»u ve bir yüzyıl sonrasının Fransız İhtilaline kadar, sayısız uygulaması da vardır<sup>12</sup>.

Anayasa yargısının farklı dönemlerde farklı modelleri görülse de genel bir gelişme çizgisi vardır. Üç ayrı kavramın bir sentezi meydana gelmiştir; Bazı hukuk prensiplerine **üstünlük** tanımak, bu prensipleri yazılı bir biçime sokmak, **anayasallaştırmak**<sup>13</sup> ve yargıyı, anayasallaştırılan bu prensiplerin, özellikle parlamento işlemlerine karşı, korunmasında bir cihaz olarak kullanmak, kısaca, **anayasanın hukuki teminatını** kurmak<sup>14</sup>.

---

9) Bk. *J. Roussy*, Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales aux Etats-Unis et en Suisse; étude de droit american- question de droit suisse, Lausanne, 1969, s. 65.

10) Karşı görüş için bk *C. J. Friedrich*, The Impact of American Constitutionnalism Abroad, Boston University Press, 1967, s. 92: «The basic idea of judicial review is of american origin».

Kıt'a Avrupası tipi anayasa yargısının soy kütüğü için bk. *Cappelletti, Adams*, «Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations», Harvard Law Review, 1966, s. 1208 vd. ; *H. Wada*, «Continental Systems of Judicial Review», in Jahrbuch des Offentlichen Rechtes, 1982, s. 33 vd.

11) Ortaçağ teorileri iki norm tipini birbirinden açıkça ayırmıştır; dokunulmaz ve üstün sayılan «*Jus Naturale*» ve bu üstün norma uyması gereken «*Jus Positivum*».

12) Anayasa yargısı son bir tahlilde, «*Tabii Hukuk yargısı*»nın özü ve «*yasa yargısı*» ya da kanunilik denetiminin - ki, «*Cour de Cassation*» ve «*Conseil d'Etat*» tipi cihazlar bu prensibi uygulamaya koymada kullanılmışlardır - şekillerini bileştirmiştir. Cf. *Cappelletti*, Judicial Review..., op. cit., s. 41 vd.

13) Bu sürecin doğal bir sonucu anayasaların katılaştırılması, başka bir ifade ile metinlerin adi yasalarla değiştirilememesi ve anayasa değişikliği için farklı bir prosedürün öngörülmesidir. Bu anlamda, 1948 İtalyan Anayasası, «*Statuto Albertino*» yumuşak (flexible), onun yerine konan 1947 Anayasası katı (rigide) bir anayasadır.

14) Bk. *Cappelletti*, Judicial Review, op. cit., s. 41 vd.

Anayasa mahkemelerinin giderek çoğaldığı Avrupa'da Kelsen düşüncesinin belirleyici bir etkisi olmuştur. Ünlü hukukçunun kamu hukuku alman öğretim üyeleri derneğinde verdiği 1929 konferansı, kelsen düşüncesinin açık bir sentezidir; Kelsen, Devlet fonksiyonlarının hukuk kurallarına uygunluğunu sağlayan farklı teknikler arasında anayasaya aykırı işlemin iptalini anayasanın en etkili ve temel teminatı olarak görmüştür.

Lassalle'in anayasaların okunmasında siyasi tezi geliştiren 1862 konferansı karşısında Kelsen'in 1929 konferansı, alternatif tezi, anayasaların okunmasında hukuki tezi geliştirmiş, Üstün hukuk anlayışının teoriden pratiğe geçişini hazırlamıştır<sup>15</sup>. Bu anlamda, Avrupa modeli anayasa yargısının kaynağında «Önce Kelsen vardır»<sup>16</sup>.

III. — Avrupa Modeli Anayasa Yargısının gelişmesi sürecinde üç dalga : Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesinden Yeni Akdeniz demokrasileri tecrübesine. Anayasa yargısında hukuki, siyasi mantıklar ve «duvergerismo»nun krizi.

«Amerikan modeli»nden sonra «Avrupa modeli» anayasa yargısının gelişme sürecinde üç dalga ayırdedilebilir<sup>17</sup>.

---

15) Konferans metni için bk. Kelsen, «La garantie juridictionnelle de la Constitution-La Justice constitutionnelle», RDP, 1928, s. 197 vd.

16) 1929'lu yıllarda Kelsen tezinin antitezi C. Schmitt'in çalışmalarında ifadesini bulmuştur.

C. Schmitt, yasaların anayasallığı yargısal denetiminin politiği hukukileştirmek yerine yargıyı politikleştireceğini ileri sürmüştü, Anayasa Mahkemelerine hukuki uzlaşmazlıkların değil ama siyasi uzlaşmazlıkların getirildiğini ve bu mahkemelerin gerçekte siyasi meclisler olduğunu iddia etmiştir.

Schmidt, Anayasanın koruyucusu olarak, Anayasa Mahkemesinin yerine Cumhurbaşkanı koymuştur.

Ekleme gerekir ki, Schmitt tezinin izlerine yarı-prezidansiyel sistemlerde (1958 Fransız Anayasası, 1952 anayasa değişikliğinden önce Portekiz Anayasası ...) ve «Başkanlı - parlamenter sistemler»de (1975 Yunanistan Anayasası, 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ...) bugün de rastlamak mümkündür.

Anayasa mahkemelerinin siyasi organlar mı (Schmitt tezi), yoksa gerçek yargılama yerleri mi (Kelsen tezi) olduğu sorunu sürekli olarak gündemde kalmış, Avrupa'da anayasa teminatı sistemlerinin en gelişmişlerinden biri olan İspanyol Anayasa Mahkemesinin kuruluşu sırasında da tartışılmıştır. Soruna getirilen çözümler içinde en başarılılarından biri, M. Garcia de Enterría'nın formülüdür; Anayasa Mahkemeleri, siyasi uzlaşmazlıkları hukuki metotla çözen organlardır. Cf. Bon et al., op. cit. s. 27 vd.

17) Bk. Le Bon et al., op. cit. s. 27 vd.

— Bu dalgalardan ilki, Birinci Dünya Savaşı ile eşzamanlıdır.

Kelsen'in tasarladığı «Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi» 1920 Anayasası ile kurulmuştur<sup>18</sup>. İkinci Cumhuriyet İspanyasında da, 9 Aralık 1931 tarihli Anayasa ile, bir ölçüde «Avusturya modeli»nden etkilenen «Anayasal Teminatlar Mahkemesi» getirilmiştir<sup>19</sup>.

— İkinci akım, İkinci Büyük Savaş ertesinde, 1947 Anayasasının kurduğu İtalyan Anayasa Mahkemesi ve 1949 tarihli Temel Yasa ile kurulan Alman Federal Anayasa Mahkemesi ile başlamıştır<sup>20</sup>. Her iki tecrübenin fikri «background»unu hazırlayan yine kelsenci tezdır.

Fransız Anayasa Konseyi ve 1961 Anayasası ile kurulan ve 1982 Anayasası ile korunan Türk Anayasa Mahkemesi de bu akım içinde yerlerini almışlardır.

1958 Fransız Anayasasında Konsey denetimi, Parlamento karşısında Yürütmenin üstünlüğünü koruyacak bir teknik olarak düzenlenmiştir. Anayasa Konseyinin ilk kuruluş misyonu, rasyonelleştirilmiş parlamenter rejim mekanizmalarında ve 1958 Anayasasının getirdiği

---

18) Avusturya Anayasa Mahkemesi, 15 Mayıs 1975 tarihli anayasa değişikliği ile değişik, Avusturya Anayasası m. 137-148 ile yeniden düzenlenmiştir. Anayasa değişikliği ile, federal yasalara karşı Anayasa Mahkemesine gitme imkânı milletvekillerinin üçte birine açılmıştır.

Siyasi alanın iki büyük parti - sosyalist ve halkçı parti tarafından - doldurulduğu bilirse, yeni düzenlemenin muhalefete, çoğunluğun kabul ettiği yasaları Anayasa Mahkemesine denetleme imkânı sağladığı anlaşılır.

Bu reform, Kelsen'in Anayasa Mahkemesine tanıdığı fonksiyona da uygundur. 1975 Reformu ile, fertlere de Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı tanınırken, Mahkemelere önceden tanınmış olan bu hak daha da genişletilmiştir. Bk. L. Favoreu, «Actualitéet légimité du contrôle juridictionnel des lois en Europe Occidental», RDP, 1984. s. 1152 vd.

19) Bk. 1931 tarihli Anayasa m. 121 - 124.

20) Bk. 27 Kasım 1947 tarihli Anayasanın 134 - 137. ve Temel Yasa'nın 93 ve 94. maddeleri.

29 Ocak 1969'da yayınlanan ve Temel Yasa'da değişiklik yapan 19. yasa ile «Anayasal Başvuru» (Recours constitutionnel, Verfassungsbeschwerde) anayasal düzenleme konusu olmuştur. Alman hukukuna 12 Mart 1951 tarihli Federal Anayasa Mahkemesi Yasası ile sokulan «Anayasal Başvuru», yeni düzenleme ile yasa koyucuya karşı da korunmuştur.

İtalyan ve Federal Alman Anayasa Mahkemelerinin karşılaştırmalı siyasi analizi için bk. Donald P. Kommers, «Judicial Review in Italy and West Germany», in Jahrbuch des Öffentlichen Rechts, 20, s. 111 vd.

ikili normatif sistemde bozulmaları engellemektir. Ancak Konseyin anayasa ile çizilen bu yörüngesinde önemli değişimler olmuştur.

Pratikte değişmeyi başlatan Konsey'in bir «Hukuk İhtilali» olarak nitelendirilen 16 Temmuz 1971 tarihli kararıdır. Konsey'e başvurma yetkisini genişleten 29 Ekim 1974 tarihli Anayasa değişikliği, siyasal muhalefete ve baskı gruplarına anayasaya uygunluk denetimini harekete geçirmede tanıdığı imkânla, değişmeyi takviye etmiş, 1958 Anayasasının «Watchdog»u, anayasal hakların koruyucusu durumuna gelmiştir<sup>21</sup>.

— Üçüncü akım, Avrupa'da otoriter sistemlerden demokratik - liberal sistemlere geçişle eşzamanlıdır. Yeni Akdeniz demokrasilerinde, Yunanistan'da «Albaylar rejimi», Portekiz'de «Salazarizm» ve İspanya'da «Frankizm»'in son bulmasından sonra yapılan Anayasalarda, Anayada Mahkemeleri getirilmiştir: 9 Haziran 1975 tarihli Yunanistan Anayasası, 100. maddesinde öngörülen Özel Yüksek Mahkeme, 27 Kasım 1978 tarihli İspanyol Anayasasının IX. Bölümünde düzenlenen İspanyol Anayasa Mahkemesi ve 30 Eylül 1982 anayasa değişikliği ile düzenlenen ve İspanyol modelinin etkisindeki Portekiz Anayasa Mahkemesi<sup>22</sup>, bu akımın ürünleridir.

Anglo-Sakson «Common Law anayasacılığı» (common law constitutionalism) ve Kıt'a Avrupası «Civil Law anayasacılığı» (civil law constitutionnalism) ya da romano-germanik hukuk sistemlerinde «Anayasa yargısı»na farklı mantıklardan gelinmiştir. Favoreu bu »mantık»lardan ilkinin «hukuki», ikincisini «siyasi» mantık olarak nitelendirmektedir<sup>23</sup>.

**Chief Justice Marshall** Yüksek Mahkemenin yasama ve yürütme işlemlerinin Anayasaya uygunluk denetimi yetkisini, Anayasa'nın üstün-

---

21) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. B. Çağlar, «Fransız Anayasa Konseyini yeniden düşünmek», in Doğanay Armağanı, İstanbul, 1982, C. II, s. 365 vd.

22) 12 Temmuz 1979 tarihli Peru Anayasası ile kurulan *Anayasal Teminatlar Mahkemesi* de İspanyol modelinin bir başka uygulamasıdır. İspanyol modeli anayasa yargılaması için b. Bon et al. *La Justice Constitutionnelle en Espagne*, op. cit. passim.

23) L. Favoreu, «Actualité et légitimité...», op. cit., s. 1175 vd.

lüğü kuralının mantıki bir sonucu olarak kabul etmiştir<sup>24</sup>. Avrupa sistemlerinde ise, Weimar Almanyası ya da Mussolini İtalya'sı parlamenterleri siyasi tecrübesi, Anayasa Mahkemelerinin kurulmasında çok daha etkili olmuştur.

Anayasa Mahkemeleri olayı anayasa hukukunun gelişmesinde yeni bir dönem başlatmış, maddeleri anayasa yargıcı tarafından yorumlanıp uygulanan Anayasa, normlar piramidinde «Üstün Hukuk» (Higher Law) olmuştur. Anayasa Hukuku, «siyaset biliminin hukuktan çok daha önemli olduğu bir siyasi reçeteler kataloğu» olmaktan çıkıp jürisprüdansiyel ve pozitif hukuk olurken «hukukleşmiştir»<sup>25</sup>. Özellikle hak ve hürriyetler listesinin hukukleşmesi<sup>26</sup> ve siyasi muhalefetin hukuki statüsünün kurulması, bugün, demokratik - liberal sistemler için, önemli bir teminattır<sup>27</sup>.

- 
- 24) *Marbury v. Madison* davası ve Yargıç *Marshall*'ın kararı, 1800'lerde iktidarı kaybeden *Federalist Parti*'nin yargı yerlerini ele geçirme siyasi operasyonunun hukuki bir sonucu olarak da görülmüştür. Bu konuda bk. *B. Çağlar*, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku Bilimine Başlangıç*. Ders notları, Mayıs 1985 (çoğaltma), s. 54.
- 25) Bu konuda özellikle bk. *Favoreu*'nün çalışmaları; *Favoreu, Philip*, *Le Conseil Constitutionnel*, PUF., Paris 1978, s. 120; *Favoreu*, »L'apport du Conseil Constitutionnel au droit public«, in *Pouvoirs* (13), s. 23 vd.; — *ID.*, «Le droit constitutionnel, jurisprudentiel en 1981-82», *RDP*, 1983, s. 333 vd.; — *ID.*, «L'application directe et l'effet indirect des normes constitutionnelles», *Rev. fr. Droit adm.*, 1984, s. 174 vd.
- 26) Bk., ilerde V. Başlık.
- 27) *Sosyalist Sistemlerde*, 1936 Sovyet Anayasası modeline göre yapılan anayasalar, temel yasa olmaktan çok, siyasi programlardır ve kuralları da yasama işlemleri karşısında hukuki üstünlükten yararlanmaz. Ancak bu sistemlerde, 1968'li yıllarda hukuki nasyonalizmlerin doğuşu anayasalarda da farklılaşmaları beraberinde getirmiştir. Polonya'da, «*Gierek dönemi*» anayasa değişiklikleri, Devlet Şûrası'na «hukukun Anayasaya uygunluğunu gözetme» yetkisi tanımış ve bu gelişme, yasaların Anayasaya uygunluk denetiminin başlangıcı olarak görülmüştür. 1982 yılında ise, «*Demokrat Parti*»nin Anayasa değişikliği taleplerine bir cevap olarak, Anayasaya eklenen 33 a ve 33 b maddeleri ile, normatif metinlerin Anayasaya uygunluk denetimini yapmakla görevli bir Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Yasaları Anayasaya aykırı bulan kararları «*Diyet*» de incelenen bu Mahkemenin varlığı, sosyalist anayasacılık anlayışında değişimleri göstermesi bakımından anlamlıdır. Bu konuda bk. *H. İzdebski*, «Les amendements à la Constitution de la République Populaire de Pologne. 1954 - 1983», *RIDC*, 1984, s. 79 vd.



Bu gelişmeler, siyasi partilerin ilk genel teorisini hazırlayan anayasa hukukçusu **Maurice Duverger**'nin<sup>28</sup> anayasal sistemleri parti sistemleri ile açıklama yaklaşımının<sup>29</sup> İspanyol anayasa hukukçusu **Edouardo Garcia de Enterría**'ın ifadesi ile «duvergerismo»nun (duverger'çiliğin) ya da «Bordeaux ekolü»nün «nihai krizi»ni de hazırlamıştır.

IV. — Anayasa hukuku eğitim ve araştırmalarında ekoller: «Toulouse» ve «Bordeaux» ekollerinden «Aix - Marseille» ekolüne. «Duvergerismo» ve «yeni-anayasacılık.»

Kıt'a Avrupası, özellikle de Fransa'da<sup>30</sup>, anayasa hukuku eğitim ve araştırmaları, şematik olarak, üç ana ekolde toplanabilir. Her ekolün içinde farklı eğilimler de görülür.

**Ekoller**; klasik, neo-klasik ve modern, eğilimler ise, felsefi-ideolojik, hukuki ve sosyolojik olarak ayrılmaktadır<sup>31</sup>. Bugün bu ekollere bir yenisini, «Toulouse» ve «Bordeaux» ekollerine, «Aix - Marseille» ekolünü<sup>23</sup> eklemek gerekecektir.

Anayasa hukukunun tarihinden gelen büyük prensiplere ve bu prensipleri ifade eden hukuk metinlerine önem veren **klasik ekolden** sonra, **neo-klasik ekol** metinlerden, bu metinlerin konusuna geçmiş, siyasi kurumlar, özellikle **Devlet teorisi** üzerinde durmuştur.

Kurumların yaratıcısı olarak hukuk anlayışı (Gény ve özellikle de **M. Hauriou**'da ifadesini bulan **Nancy** ve **Toulouse** ekollerinin kuramsalcı yaklaşımı)<sup>33</sup> **hukuki pozitivizmden** güçlükle ayrılabilir.

28) Bk. *M. Duverger*, Les partis politiques, A. Colin, Paris 1967 (6. ed.) Duverger' nin Siyasi Partiler'i türkçeye de çevrilmiştir.

29) *Sir Ivor Jennings*'de «Bugün İngiliz Anayasasının gerçekçi bir analizi, partilerle başlamalı, partilerle bitmelidir» derken benzer bir değerlendirme yapmaktadır. Bk. *Jennings*, The British Constitution, Cambridge University Press, 1947, s. 31.

30) Türkiye'de de anayasa hukuku eğitim ve araştırmaları, son yıllara kadar, bu üç ekolün etkisinde kalmıştır.

31) Ayrıntılı bilgi için bk. *C. Bidegaray* et al., Droit constitutionnel et institutions politiques, PUF., Paris 1983, s. 8 vd.

32) Bugün bu ekolün en verimli uzmanlarından biri *L. Favoreu*'dür.

33) Yeni Anayasa hukukunda önem kazanmaya başlayan ve bir *kurumsal sistemin* kurucu unsurlarını, sonucunu her kurumsal otoritenin diğerlerine karşı donatıldığı hukuki imkânların belirleyeceği bir rekabetin tarafları olarak, bir bütün içinde, inceleyen «kurumların stratejik analizi»nin soy - zincirinin kurulmasında *kurumsalcı yaklaşım* ilk halkalardan biridir.

«Stratejik analiz»in genel problematiğini kuran bir çalışma için bk. *J.-L. Parodi*, «Les institutions politiques dans les démocraties occidentales», in *Parodi* et al éd., La science politique, Hachette, Paris 1971, s. 246 vd.

Modern ekolün Fransa'da hazırlayıcısı ise, «Bordeaux Ekolü» olarak adlandırılan, Bordeaux Hukuk Fakültesi çevresi ve özellikle de Léon Duguit'dir<sup>34</sup>.

Bu akım içinde iki kuşak görülür: İlk kuşak teorisyenleri (Georges Vedel<sup>35</sup>, Maurice Duverger<sup>36</sup>, Dimitri-Georges Lavroff<sup>37</sup>, P. Lalumière<sup>38</sup> vd...) siyasi aktörlere, özellikle de «anayasal buzul»un suya gömülü bölümüne, siyasi güçlere ve siyasi partiler sistemlerine önem vermişlerdir<sup>39</sup>.

İkinci kuşak ise, amerikan siyaset biliminin etkisinde kalmış, anayasa hukuku özerkliğini kaybetmiş, anayasal sistemler siyasi sistemin bir alt - sistemi olarak incelenmeye başlanmıştır<sup>40</sup>.

Ancak eklemek gerekir ki, plüralist anayasa hukuku biliminde bu gelişmeler olurken siyaset biliminde de önemli değişimler olmuş, özellikle Alman, İtalyan ve Fransız siyaset biliminin etkisinde Devlet

- 
- 34) Cf. L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 5 vol Paris 1929 (3 éd.).  
Duguit «*Traité*»sinde, çağdaşı olan ve bir önceki ekolü temsil eden iki anayasa hukukçusu ile sürekli dialog içindedir: Adhémar Esmein ve hukuki pozitivizmin III. Cumhuriyet Fransasında en yetkili temsilcisi olan R. Carré de Malberg.
- 35) Cf. G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris 1949. Vedel'in Paris Hukuk Fakültesinde verdiği derslerin stenografilerinden hazırlanarak basılan notlar «manuel»i sürekli olarak güncelleştirmiştir. Özellikle bk. G. Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Les Cours de Droit, 1960 - 1961.
- 36) Cf. M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF., Paris 1980, 1982 (16 éd.) (2 vol.).
- 37) Cf. D. - G. Lavroff, *Le système politique français: la V. République*, Paris, Dalloz 1979, (2. éd.).
- 38) P. Lalumière *Les régimes parlementaires européens*, PUF., Paris 1978 (d. éd.).
- 39) Maurice Duverger, «Klasik anayasa hukukunu bilen ve partilerin rolünü dikkate almayan, çağdaş siyasi rejimler hakkında gerçek dışı bir görüşe sahiptir: partilerin rolünü tanıyan ve klasik anayasa hukukunu bilmeyen, çağdaş siyasi rejimler hakkında eksik ama gerçek bir görüşe sahiptir» derken, ilk kuşak teorisyenlerinin kırmak istedikleri «ikonalar»ı belli etmektedir. Bk. M. Duverger, *Les partis politiques*, op. cit. s. 382. Bu konuda ayrıca bk. R. Moulin, *Le présidentielisme* Paris 1978, s. 323 vd.
- 40) Bu konuda özellikle bk. Michel Troper ve Jean-Louis Seurin'in çalışmaları. J. - L. Seurin, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Lib. Montaigne, Bordeaux, 1981 - 1982.

problematığının önem kazanması, «Grandpa's political science»a geri dönüş amerikan siyaset biliminin «cezir» hareketini başlatmıştır<sup>41</sup>.

Bu ortamda, «yeni - anayasacılık» modern ekolün, özellikle de bu ekol ikinci kuşağının politikleştirdiği anayasa anlayışına, «Bordeaux ekolü»ne ve neo-marksist yaklaşıma bir tepki olarak gelişmeye başlamıştır.

Mauro Cappelletti<sup>42</sup> ve Louis Favereu gibi uzmanların çalışmalarına çok şey borçlu olan bu gelişmeler, anayasa hukukunun yeniden özerkleşmesinde de önemli bir adım olmuştur.

Bugün, «milli - üstü anayasa yargısı»nın gelişmesi<sup>43</sup> ve «Üstün Hukuk»un uluslararası kaynaklarının pratik önem kazanması ile desteklenen «anayasa hukukunun hukukileşmesi» olayı, hiç olmazsa, liberal - Avrupa planında, «jürisprüdansiyel anayasa hukuku»nu bir birlik ve bütünlüğe doğru götürmekte, ortak bir seri teknik ve kavramlar dizini de meydana gelmektedir<sup>44</sup>. Üstün normlar bilimi olarak anayasa hukuku bu gelişmenin ürünüdür.

#### V. — Magna Carta'dan İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna: Haklar Bildirileri ya da «Felsefe Anayasalar»ın hukukileşmesi. «Gölgeler Tapınağı»ndan Hak ve Hürriyetler «Tapınağına».

Anayasa mahkemeleri yüzyılında Parlamentolar yüzyılına yaşayan Birleşik Krallık'da bile bu gelişmelerin etkileri görülmeye başlanmıştır.

41) Bu gelişmeler için bk. Klaus von Beyme'nin, Siyaset Bilimi Uluslararası Derneği Dünya Kongresini (Paris, Temmuz 1985) açış konuşması, «*The Changing State and its interaction with National Society*».

42) Cf. M. Cappelletti, W. Cohen, Comparative Constitutional Law, Cases and materials, Bobbs - Merrill, N.Y., 1979.

43) «Milli-üstü anayasa yargılaması» problemi, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Avrupa Topluluk Hukuku uygulamaları ile artan bir önem kazanmaktadır. Cappelletti'nin belirttiği gibi, uluslararası hukuk ve uluslararası hukuka bağlılık kuralı (*Supranational Rule of Law*) ile yeni bir dönem başlamıştır. Bu hukuk kurallarına uygun yorum anlayışı pozitif temelini anayasalarda bulurken (cf. 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m. 16/3 ve 29 Aralık 1978 tarihli İspanyol Anayasası, m. 10/2) jürisprüdansiyel anayasa hukukunda da önem kazanmaktadır.

44) Bu konuda bk. Aix-en Provence, Şubat 1981 Kollokyumu, Cours constitutionnelles européennes... op. cit.

1975 tarihli «Phansopkare» davasında Lord Justice Scarman, yargı - yerlerinin hukuk kurallarının yorumunda İnsan Hakları Konvansiyonunu da dikkate almak mecburiyetinde olduklarını ve yorumun Magna Carta ve Konvansiyonda tanınan hakları geliştirici olması, en azından bu haklara aykırı düşmemesi gerektiğini söyleyebilmiştir<sup>45</sup>.

Coke, Marshall, Kelsen üçgeninin ilk ismi, «efsaneler yaratıcısı» Yargıç Edward Coke'un çalışmalarının büyük bir bölümünde yorumunu yaptığı «Magna Carta» ile başlayan gelişmeler<sup>46</sup> İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonuna ulaşırken «Haklar Bildirileri» ya da «Felsefe - Anayasalar»ın hukukleşmesi de gerçekleşmektedir<sup>47</sup>.

«Haklar Bildirileri» XX. yüzyıl anayasalarının büyük bir bölümünün önemli bir unsurudur ve haklar bildirilerinin «milli» ya da «milli - üstü» yargısal uygulamaları, anayasal içtihatların süratle gelişen bir bölümünü meydana getirmektedir.

«Common Law» sistemi içinde Birleşik Devletlerde son otuz yıl boyunca «Bill of Rights»ın anayasal jürisprüdans üzerinde etkisi önemli boyutlara ulaşmıştır<sup>48</sup>. Benzer bir değerlendirme, romano - germanik hukuk sistemi içinde kurulan Avrupa - modeli anayasa yargılaması için de yapılabilir.

Bu gelişmelerden en çok etkilenen anayasal haklar da «adil yargı-

---

45) Ünlü İngiliz gazetesi, Sunday Times'in «Thalidomide çocukları» ilgili yazılarına konan yayın yasağı konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin 26 Nisan 1979'da verdiği karar, gazetenin başyazarı Harold Evans tarafından «Avrupa Mahkemesi yargıçlarının Runnymede çizgisinde olduğu» şeklinde değerlendirilmiştir. Mahkemenin yayın yasağını İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine aykırı bulan bu kararı ve sonuçları için bk. 26 Nisan 1979 tarihli «Sunday Times kararı», Série A. no. 30; P. Kinder «Sur la liberté de la presse en Grande - Bretagne. De l'affaire Sunday Times à l'affaire Harriet Harman, ou les tribulations du Contempt of Court», RDP, 1983, s. 285 vd.; S. Bailey, «The Contempt of Court Act 1981», Modern Law Review, 1982, s. 301 vd.

46) Bk. H. V. Wieseman, «The Myth of Magna Carta», in Ankara Hukuk Fakültesi, 40. Yıl Armağanı, s. 455 vd.

47) Anayasada yer alan normların aynı değere sahip olup olmadıkları konusunda bk. S. Rials, Les incertitudes de la notion de constitution sous la V. «Republique», RDP, 1984, s. 587 vd.; J. - L. Mestre, «Le Conseil Constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété», D., 1984, Charon. s. 1 vd.

48) Cf. M. Shapiro, «The Supreme court: From Warren to Burger», in A. King, ed., The New American Political System, AEI, Washington D.C., 1980, s. 197 vd.

lanma hakkı» (fair trial, proces équitable) gibi, ilk örnekleri 1215 tarihli Magna Carta'da görülen usuli (prosedüral) anayasal haklardır<sup>49</sup>.

V. — Sonuçlandırmak için bir tesbit: Anayasa hukuku eğitiminde «yeni anayasacılık»: Jürisprüdansiyel ve pozitif anayasa hukukunun artan payı.

Anayasayı «gölgelerin barındığı bir tapınak» olmaktan çıkaran ve «Yeni-anayasacılık» olarak adlandırılan bu gelişmelerin anayasa hukuku eğitimi planında da önemli sonuçları olmuştur. Ancak bugün, jürisprüdansiyel ve pozitif anayasa hukuku ile fakülte programlarında yer alan anayasa hukuku arasında mesafenin kapanmakta olduğunu söylemek genelinde yanlış olmasa da, bu gelişmelerin dışında kalan önemli istisnalar da vardır<sup>50</sup>.

---

49) 1982 Adli yılı sonunda Fransız Devlet Şûrasının Avrupa Konvansiyonunun uygulanma ile ilgili 31 kararı tesbit edilmiştir. Devlet Şûrasının karara bağladığı 31 olaydan 16 sında Avrupa Konvansiyonunun «Adil yargılanma hakkı»nı düzenleyen 6. madde kuralının ihlâli sözkonusudur. Cf. F. Flauss, «Le juge administratif français et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», AJDA, 1983, s. 387 vd.

Bu konuda verilebilecek bir başka tipik örnek, «adil yargılanma hakkı»nın bir cephesini meydana getiren «makul süre içinde yargılanma hakkı»nın tanınmasında İspanyol Anayasa Mahkemesinin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin «König» jürisprüdansını benimseyerek verdiği 14 Temmuz 1981 tarihli karardır.

Bu karar için bk., P. Bon et al., La Justice constitutionnelle en Espagne, op. cit., s. 222 vd. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin, idari yargıda prosedür süresi ile ilgili, 28 Haziran 1978 ve 30 Mart 1980 tarihli König kararı için bk. V. Berger, Jurisprudence de la Cour Européenne des droit de l'homme, Sirey, Paris 1984, s. 87 vd. ; P. Dupois, «L'article 6 de la Convention Européenne des droit de l'homme et les procédures administratives et disciplinaires», Cahiers de Droit Européen, 1979, s. 411 vd.

50) Gelişmeyi müsbet yönde etkileyebilecek faktörler arasında özellikle ikisinin altı çizilebilir: Pozitif ve jürisprüdansiyel anayasa hukuku alanında bilgi dolaşımını sağlayabilecek kurumların çoğalması ve akademik çevrelerle anayasa mahkemeleri arasında organik bağların kurulması,

Jürisprüdansiyel ve pozitif anayasa hukuku sorunları son yıllarda anayasa hukuku bilimi alanında gerçekleştirilen uluslararası kuruluşların gündeminde sürekli olarak yer almaktadır.

1981 yılında kurulan «Anayasa Hukuku Uluslararası Derneği», I. Dünya Kongresinde yapılan çalışmalardan sonra, Derneğin 1987 yılında yapılacak II. Kongre programında da bu konulara önemli yer ayrılmıştır.

Almanya, İtalya ve İsviçre'de, jürisprüdansiyel anayasa, hukuk fakültelerinin ilk yıllarında, büyük zorluklarla karşılaşılmadan verilebildiği halde, Fransa ve Türkiye'de anayasa hukukunun özel bir eğitimi gerektiren bu bölümü ile ilgili sorunlar henüz bütünü ile çözülmüş değildir. Bununla birlikte, Türkiye'de de bir Fakülte programında «Anayasa yargısı»nın yer alması, en azından problemin görüldüğünü gösteren, önemli bir gelişmedir.

---

«Anayasa Hukuku Uluslararası Akademisi»nin, ilki 1985 yılında gerçekleştirilen eğitim programının ilk konusu «Anayasanın üstünlüğü»dür.

Avrupa Anayasa Mahkemeleri ve uygulamalarının incelendiği 1981 Aix - Marseilles Kollokyumu «Anayasa Hukukçuları Avrupa Birliği»nin kurulmasında önemli bir adım olmuş, bu birliği meydana getiren çekirdeklerin, çeşitli fakültelerde kurulan anayasa mahkemelerini inceleme ve araştırma gruplarının, bilimsel ürünleri kitapçı tezgâhlarında görülmeye başlanmıştır. Ayrıca eklemek gerekir ki, 1970 yılından başlayarak anayasa yargıçlarını periodik uluslararası konferanslarda bir araya getiren bir «Comité de contracts» kurulmuş ve gerçekleştirilen bilimsel forumlarda jürisprüdansiyel anayasa alanında bilgi dolaşımı kolaylaştırılmıştır.

Gelişmeleri müsbet yönde etkileyebilecek *ikinci faktör*, küçümsenemeyecek sayıda öğretim üyesinin anayasa mahkemelerinde görev almasıdır.

İtalyan Anayasa Mahkemesinin 15 üyesinin 6'sı, Alman Anayasa Mahkemesinin 16 üyesinden 5'i ve bu alanda Avrupa rekorunu elinde tutan İspanyol Anayasa Mahkemesinin 12 üyesinden 9'u öğretim üyesidir.