

KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA YARGISINDA BİR VAKA İNCELEMESİ: ŞİLİ'DE YARGI DENETİMİ

(A Case Study Of Comparative Constitutional Review: Judicial Review in Chile)

Serkan YOLCU¹
Salim İŞİK²

ÖZ

Bu çalışma ile Şili ülkesinde, kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyen anayasa yargısı denetimi ve bu mekanizmanın tarihsel gelişimi özelinde, yargı denetiminin günümüze kadar geçirdiği süreçlere ilişkin gelişmeleri ortaya koymak amaçlanmaktadır. Bu doğrultuda; anahatları ile Şili yönetim tarihi, 1970 yılında Anayasa Mahkemesi'nin kurulmasının öncesi ve sonrası dönemde yargı denetiminin tarihsel gelişimi, Şili Anayasa Mahkemesinin fonksiyonlarına ilişkin 2005 yılı anayasa değişiklikleri, Şili Anayasasınının 20. maddesinde bir anayasal hak olarak düzenlenen 'koruma başvurusu' kurumu ve günümüz Şili Anayasa Mahkemesi'nin ülkenin en önemli anayasal sorunları karşısındaki tutumu ele alınacaktır.

Makalemizin vurgulamakta olduğu tezi şöyle özetlemek mümkündür: Şili'de anayasa yargısının geçmişten günümüze olan seyri bize aynı zamanda, bu ülkedeki anayasal denetleme mekanizmalarının barıştan uzak bir biçimde ve belli aşamaları kat etmek suretiyle geliştiğini göstermektedir. Bir diğer anlatımla, Şili'de kanunların anayasaya uygunluğu denetimi; Yüksek Mahkeme etrafında dönen dağınık bir sistemden, uzmanlaşmış ve bu konudaki tek yetkili merci hâline getirilmiş olan Anayasa Mahkemesi eksenli bir sisteme doğru evrilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yargı Denetimi, Anayasa Yargısı, Yüksek Mahkeme, Şili Anayasa Mahkemesi, Koruma Başvurusu

- 1 Manisa Celal Bayar Üniversitesi İİBF Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Anayasa Hukuku) Doktora Öğrencisi, 0505 802 34 75, yolcu.serkan@gmail.com
- 2 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku (Genel Kamu Hukuku) Doktora Öğrencisi, 0531 230 87 06, e – posta: salim@ankara.edu.tr



ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the main developments of Chilean judicial review, specifically regarding the historical evolution of the constitutional review of statutes during recent times. Accordingly, the paper will review: (i) the administrative history of Chile with the main lines; (ii) the historical evolution of the judicial review in that country before and after the establishment of the Constitutional Tribunal in 1970; (iii) the changes introduced by the constitutional amendment of 2005 regarding the functions of the Chilean Constitutional Tribunal; (iv) the 'recourse of protection' institution which is provided by Article 20 of Chilean Constitution as a constitutional right; and (v) the attitude of contemporary Chilean Constitutional Tribunal which deals with conflicting situations focusing on the most important constitutional issues in that country.

This article stresses the thesis which can be summarise as; the latest trajectory of constitutional review system in Chile –from past to today– shows that the Chilean constitutionality control system has advanced incrementally and far from peacefully. In other words, judicial review in Chile evolved from a diffuse review system pivoting around the Supreme Court of Justice toward a concentrated constitutional review scheme characterized by the primacy of the Constitutional Tribunal.

Keywords: Judicial Review, Constitutional Review, Supreme Court of Justice, Chilean Constitutional Tribunal, Recourse of Protection

GİRİŞ

Gözlem ve karşılaştırma ihtiyacı, izlerini antik çağda dahi bulabileceğimiz temel bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Aristo'nun ülkelerin anayasalarını karşılaştırmalı olarak incelediği eserlerine rastlamak mümkündür. Diğer toplumlarda neler olduğunu anlama ve kendi kurumları ile başka ülkelerin kurumlarını karşılaştırarak nasıl daha iyi bir sistem kurulabileceğini sorgulama ihtiyacı karşılaştırmalı çalışmaların çıkış noktasını oluşturmaktadır. II. Dünya Savaşı sonrası, yazılı anayasaların dünya çapında yaygınlık kazanmasına paralel olarak karşılaştırmalı anayasa hukuku çalışmalarının da bir hayli arttığı gözlenmektedir. Yine, II. Dünya Savaşı sonrası kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi de yaygın hâle gelmiş, buna paralel olarak anayasa yargısı alanında da karşılaştırmalı çalışmalar yükselişe geçmiştir.

Karşılaştırmalı çalışmalar, günümüz, Dördüncü Dalga demokrasi kuşağının anayasa yapım süreçleri faktörü göz önüne alındığında,



bulduğumuz noktada giderek önem kazanmaktadır. Karşılaştırmalı anayasa çalışmaları, diğer ülkelerin sistemlerini karşılaştırabilmek ve ilgili ülkenin anayasal sistemi, kurumları, kurumların işleyişi ve yetkileri gibi konularda kendi ülkemize yararlı olabilecek bir takım çıkarımlarda bulunabilmek açısından faydalıdır. Ancak karşılaştırmalı çalışmalar bünyesinde bazı zorlukları da barındırmaktadır. Her ülke sisteminin oluşumunda farklı dinamikler söz konusudur. İncelemenin obje faktörü, anayasal sistem ve hukuk sisteminden ibaret olmamakla birlikte; ülkelerin gelenekleri, siyasal ve sosyolojik kültürleri de hukuksal yapısını etkilediği ölçüde çalışmanın kapsamındadır. Dolayısıyla, karşılaştırmalı bir çalışmadan verim alınabilmesi için, araştırmacının o sistemin tüm özelliklerini dikkate alması ve eleştirel bir bakış açısı ile verileri işlemesi gerekmektedir.

Son birkaç on yılda, kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi (anayasa yargısı) demokrasiye geçişin ve demokratik pekişmenin önemli bir aracı olarak görülmüştür. Öyle ki artık eski ya da yeni bütün demokratik rejimlerin anayasa yargısını şu veya bu şekilde kabul etmelerini beklemek doğal bir hâl almış ve bu küresel bir eğilim hâline gelmiştir. Gerçekten de üçüncü demokrasi dalgası esnasında Asya, Doğu Avrupa ve Latin Amerika'da gerçekleşen demokrasiye geçişi takiben aynı zamanda bir yargı denetimi dalgası da olmuştur. Latin Amerika için de yargı denetimi, demokrasiye geçişin ve demokratik pekişmenin sağlanması için kritik bir rol üstlenmiş ve 1990'ların başında gelindiğinde Latin Amerika ülkelerinin çoğu anayasa yargısını kabul etmiştir³.

Bu ontolojik çözümleme ışığında, Üçüncü Dalga demokrasilerinden biri olan, Şili ülkesinin anayasal sistemi, yargı denetimi (anayasa yargısı) ekseninde, karşılaştırmalı metodun yöntemleri kullanılarak detaylı biçimde incelenecektir. Çalışmamızda, öncelikle Şili'de anayasa yargısının dünü ve bugünü, tarihsel kaynakları ve gelişim süreci incelenecek, ardından benimsenen yargı denetiminin kuruluşu, yapısı ve işleyişi açıklanacak, nihayet ülkenin demokratik gelişiminde yargı denetimine konu olan önemli ve hayati sorunlar ve mahkemenin bunlara yaklaşımı incelenecektir.

Son olarak bu çalışmayla Türkiye'ye binlerce kilometre uzak bir ülke olan Şili'nin ele alınması Türk okuru açısından sebepsiz değildir. Zira dünyanın iki ayrı ucunda yer alan bu iki ülkenin anayasal geçmişine bakıldığında, yürürlükteki anayasalarını hemen hemen aynı dönemlerde askerî vesayet altında yapan ve yapılan onca değişikliğe rağmen bir

3 COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990-2002', *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss.70-91, s.70-72. (ThePolitics of...)

süredir, yeni bir anayasa'nın yapılması yönünde ciddi girişimlere sahne olan bu ülkelerin, anayasal gelişiminin pek çok açıdan benzerlik gösterdiği söylenebilir. Özellikle Şili'de 1973 ve Türkiye'de 1980 askerî darbelerinin sonrasında hem askerî rejimlerin hem de demokrasiye geçiş hükümetlerinin zihniyet, tutum ve icraatlarının şaşkırtıcı biçimde birbirine benzer nitelikte olduğu görülmektedir⁴. Dolayısıyla Şili'de darbe sonrası yaşanan anayasal değişim ve gelişimi anayasa yargısı özelinde okurken, Türk anayasal gelişmelerinden de izler bulmak olasıdır.

I. ŞİLİ YÖNETİM TARİHİ⁵

İsmi Mapuche dilinde, dünyanın bitimi anlamına gelen *Çili* kelimesinden gelmekte olan Şili, Arjantin'in batısında, And Dağları ile Pasifik Okyanusu arasında kalan, kuzeyden güneye uzanan bir Güney Amerika ülkesidir. Şili'nin uzunluğu 4270 km olmasına karşın genişliği yalnızca 350 km'dir.⁶ Şili ülkesinin kuzey doğusunda Bolivya ile, kuzeyde ise Peru ile kısa birer sınırı bulunmaktadır. En uzun sınırını doğusundaki Arjantin ile paylaşmaktadır (4.800 km). Başkenti Santiago olup 2004 yılı rakamlarına göre nüfusu yaklaşık 16 milyondur. Resmî dili İspanyolca, dini (Katolik) Hıristiyanlıktır.⁷ Ülke tarihine bakıldığında, M.Ö. yaklaşık 13.000 yıllarında, bugünkü ülke sınırlarında insanların yaşadığı bilinmektedir. Kuzey Şili, İspanyollar tarafından fethedilmeden kısa süre öncesine kadar İnka Krallığına ait bir kara parçasıydı. Bu topraklarda Arokan ve Atacamenos yerlileri yaşamaktaydı. 1520 yılında dünyanın çevresini dolaşmak için yelken açan Ferdinand Magellan, kendi adıyla anılan Magellan Boğazı'nı geçerken ülkenin güney ucunu keşfetmiş oldu. Şili'ye ulaşan ilk Avrupalılar altın aramak amacıyla 1535 yılında Peru'dan gelenlerdi. Ancak bu kişiler yerel halk grupları tarafından geri püskürtüldü. Avrupalılar'ın tam manasıyla yaptıkları ilk yerleşim, 1541 yılında Pedro de Valdivia'nın 1541 de Santiago'yu kurmasıyla gerçekleşmiştir. 1542 den itibaren de Şili, İspanyol Peru Krallığı'nın bir parçası hâline gelmiştir.⁸

4 COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990–2002', *Democratization*, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss.70–91, s.70–72. (ThePolitics of...)

5 Bu başlık altında verilen genel açıklamalar için bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/Chile>; http://en.wikipedia.org/wiki/Government_of_Chile; http://en.wikipedia.org/wiki/President_of_Chile; <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eili> (Mart-Nisan 2012).

6 Mapuche, Şili'de yaşamakta olan yerli bir kavimdir. KÜRKÇÜGİL Masis (Der.), *Latin Amerika'nın Kaynayan Damarları*, İthaki Yayınları, İstanbul, 2004, s. 38.

7 KÜRKÇÜGİL, s. 38.

8 NAVIA Patricio, 'The History of Constitutional Adjudication in Chile and the State of Constitutional Adjudication in South America', *Asian Journal of Latin American Studies*, Vol.2, 1999, s. 3.



Uzak kıta Güney Amerika'nın ince ve uzun ülkesi Şili'de, modern devletin ortaya çıkışı 19'uncu yüzyılın başında İspanya Krallığına karşı başa geçen bir cunta (*Government Junta of Chile*) öncülüğünde özerk bir cumhuriyet ilan edilmesiyle başlamıştır. Şili 1818'de İspanya'ya karşı tam bağımsızlığını ilan etmiş ve ülkenin kurucu babalarından biri olan Bernardo O'Higgins'in bağımsız Şili'nin ilk Devlet Başkanlığı (*Supreme Director of Chile*) öncülüğünde ülkede güçlü bir başkanlık rejimi kurulmuştur. 1830 yılında başa geçen Diego Portales Palazuelos ülkeyi diktatörlükle yönetirken, 1833 yılında çok sıkı bir anayasa hazırlanmış, bu merkezî anayasa ile 1833–1891 yılları arasında Şili uzunca süre istikrar sağlamış; zamanla ülke, Güney Amerika'nın ekonomik olarak en güçlü bölgesi hâline gelmiştir. 1891'de patlak veren iç savaş ise Şili'ye siyasi iktidarın Başkan ile Parlamento arasında yeniden paylaşıldığı parlamenter bir demokrasi modeli getirmiştir.

Yirminci yüzyıl başlarında (1920'lerde), orta sınıfın ve işçi sınıfının yükselen gücünü takiben, büyük destek toplayan Marksist gruplar doğmaya başladı. Güçlü bir orta sınıf partisi olan Radikaller (*Radicals*) devlet yönetimine 1932–52 yılları arasında hâkim oldu ve bu dönemde devletin ekonomideki rolü giderek arttı. 1964 seçimlerinde başkan olan Eduardo Frei Montalva dönemi ise özellikle sosyal ve ekonomik programlarıyla önemli reformların dönemi oldu. 1969 yılında ülkede sol güçler *Unidad Popular* (UP) adlı bir seçim birliği oluşturdular. Bu birlik komünist ve sosyalist parti gibi partilerin yanında birkaç tane daha solcu küçük partiden oluşuyordu. UP kendisini sosyalist bir çizgiye oturtarak, endüstrinin devletleştirilmesi ve büyük arazi sahiplerinin arazilerinin istimlak edilmesi gibi vaatlerde bulundu. Bu birlik 1970 yılında Salvador Allende'yi devlet başkanlığı için aday gösterdi ve 1970 seçimlerinde Allende Devlet Başkanlığı'na seçildi. Allende hükümeti ekonominin başlıca dallarını peş peşe devletleştirmeye başladı (Bankacılık, tarım, bakır madenleri, haberleşme). Toprak reformu yapıldı, emekçilere yeni haklar tanındı. Böylece muhalefetle gitgide büyüyen çekişmeler oluştu. Ayrıca ABD'de Allende'nin seçim zaferine karşı büyük bir rahatsızlık oluşmuştu, zira Küba'dan sonra ikinci Amerika devleti olarak Şili'de, marksist etkilere sahip halk cephesi yönetimdeydi.⁹ 1973 yılında UP oy sayısını daha da arttırmayı başardı.

Yukarıda sıralanan gelişmelerin ardından, 11 Eylül 1973 tarihinde General Augusto Pinochet'in başında bulunduğu askerî cunta hükümete karşı bir askerî darbe gerçekleştirdi, iktidarı ele geçirdi. Ölü bulunan

9 KÜRKÇÜGİL, s. 30.



Başkan Allende'nin, intihar ettiği söylendi ve yüzlerce Allende yanlısı bu günlerde öldürüldü, binlercesi tutuklandı. Tüm devlet birimleri askerî birlikler tarafından işgal edildi. Tüm devlet yetkilerini, cunta lideri olarak General Augusto Pinochet devraldı ve bir askerî dikta rejimi kurdu. Pinochet'nin iktidarı ele geçirmesiyle, yeni yönetim daha önceki devletleştirmeleri, önemli bakır madeni Chuquicamata hariç olmak üzere geri aldı. Neoliberal bir ekonomi politikası izlerken, tüm sendikal hakları da geri aldı. Bu ekonomi politikalarıyla beraber zengin ile fakir arasında fark daha da belirginleşmeye başladı. Ama kamu ekonomisi, büyüme ile birlikte, Güney Amerika'daki alışılmış olandan daha fazla istikrar kazandı. Ekonomik istikrarın yanında insan hakları ihlalleri devam etmekteydi¹⁰.

Pinochet rejiminin kendisini kurumsallaştırmak amacıyla yaptığı yeni anayasa darbenin sekizinci yıldönümü olan 11 Eylül 1980'de yapılan halkoylamasında kabul edildi¹¹. Bu otoriter rejim anayasası, özünde statükoyu yani kişisel nitelikleri hayli belirgin olan bir askerî rejimi sürdürüyordu.¹² Anayasa'nın 1981'de yürürlüğe girmesinin ardından Pinochet sekiz yıllık bir dönem için devlet başkanlığını üstlendi.¹³ Muhalefetin üzerinde yoğun baskıların sürmesi ve 1982-1983 yıllarındaki ekonomik bunalımın ardından tepkiler açık eylemlere dönüştü. Gösteriler artınca sıkıyönetim ilân edildi (Kasım 1984). Pinochet Eylül 1986'daki suikast girişiminden yara almadan kurtuldu.¹⁴ 12 Ocak 1987'de sıkıyönetim kaldırılarak siyaset partilerin kurulmasına izin verildi. 1988 yılında Pinochet bir dönem daha iktidarda kalabilmek için halkoylamasına başvurdu. Pinochet'nin rejimin meşruluğuna ilişkin içte ve dışarıdaki kuşkuları bertaraf etmek amacıyla düzenlediği referandumda % 55 oy

10 Öyle ki Allende döneminin izlerini taşıyan her şeye ve herkese karşı cadı avı başlatan askerî cunta döneminde sayısız işkence, suikast ve insan kaybetme gerçekleştirilen Şili, 1977 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu tarafından ülkede 'işkencenin kurumsallaşması' sebebiyle kınanmıştır. AKYÜZ, s.91.

11 Anayasanın oylandığı bu halkoylamasında propaganda imkânlarının dağılımı, seçmenin bilgilendirilmesi, serbest bir tartışma ortamının varlığı gibi pek çok bakımdan sayısız hilenin yapıldığı, iktidarın yürüttüğü baskın evet kampanyası ve muhaliflere karşı yürütülen yıldırma politikaları nedeniyle bu halkoylamasının demokratik meşruiyetten yoksun olduğu bilinmektedir (AKYÜZ, 97-99). Keza anayasanın halkoylamasında çoğunlukla kabul edilmesinde rejimin karşıtlarının, hiç değilse askerî rejimin devamına bir zaman sınırlaması getirilmiş olmasını mevcut şartlar içerisinde elde edilebilecek en iyi sonuç olarak 'görmeleri nedeniyle evet oyu verdikleri düşünülmektedir. ÖZBUDUN Ergun, **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı**, Bilgi Yayınevi, İstanbul, 1993, s.56.

12 ÖZBUDUN, s.55.

13 NAVIA, s. 4. Bu anayasa hâlen yürürlükte olup 1989, 1991, 1994, 1997, 1999, 2000, 2001, 2003, 2005, 2007, 2008, 2009 ve 2010 yıllarında değişikliklere uğramıştır.

14 HEISS Claudia / NAVIA Patricio, 'You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy', **Latin American Politics and Society**, Vol. 49, 2, 2007, s. 165.



oranıyla Pinochet'in ülkeyi daha fazla yönetmemesi sonucuna varıldı. Bunun üzerinde rejim ve muhalefet anlaşarak 1989 yılında anayasanın 54 hükmünün değiştirilmesi üzerinde anlaştılar. Bu kapsamlı değişiklik sonrası da rejimin sınırlı bir temsile imkân vermekle birlikte silahlı kuvvetlerin vesayetini sürdürdüğü, sınırlı bir demokrasi' modeli yaratılmıştır¹⁵. Böylelikle Şili'de 1973'de, kanlı ve ıstıraplı bir kesintiye uğrayan' demokrasiye, 1989 yılı ile birlikte tekrar dönüşün başlamış olduğunu söyleyebiliriz.¹⁶

Sınırlı demokrasiye imkân veren 1989 anayasa değişikliklerini takiben 14 Aralık 1989'da seçimler yapıldı ve on altı yıllık dikta rejiminden sonra Şili'ye yeniden seçilmiş bir iktidar getirdi. Sol ve merkezden gelen 17 siyasi partiden oluşan Demokratik İttifak'ın adayı Patricio Aylwin oyların yüzde 55'ini alarak Devlet Başkanlığı seçildi. Aylwin mütevazı ekonomi reformlarının yanı sıra beraber yaşayabilmek için devlet ile halkı barıştırmaya başladı. Ancak bu dönemde Pinochet, ordu üzerindeki kontrolünü sürdürdü. Aylwin'in yönetimindeki (1990–1994) Şili, Arjantin ile ilişkilerini düzeltti (1991) ve Meksika ile bir serbest değişim anlaşması imzaladı (1991). Şili'de diktatörlük dönemi sona ermişti ve demokrasiye geçiş süreci başlamıştı.¹⁷ 1993 yılında ilk defa bazı subaylar insan hakları ihlalden mahkemeye çıktılar. Çok sayıda sürgün ülkeye döndü. 1994–2000 yılları arasında ülkeyi Hristiyan demokrat Eduardo Frei Ruiz-Tagle yönetti. Pinochet 1998 yılında İngiltere'de tutuklandı ve daha sonra dışarı çıkma yasağı kondu. 2000 yılında sağlık sorunları yüzünden serbest bırakıldı. 2000 yılında Sosyalist Ricardo Lagos Başkan seçildi. 2006 yılında ise ülke tarihinin ilk kadın başkanı sosyalist Michelle Bachelet bu makama geldi.

Nihayet 17 Ocak 2010 tarihinde gerçekleştirilen Devlet Başkanlığı seçiminde Şili'de tekrar demokratik düzene geçilen 1990 yılından bu yana ilk kez merkez sol bloku *Concertacion* bir seçimi kaybetmiştir.¹⁸ Bu seçimle son yirmi yıldan beri ilk kez bir sağcı aday, Hristiyan Demokrat Sebastian

15 ÖZBUDUN, s.55-56.

16 1980 anayasa referandumuna göre daha serbest bir ortamda yapılan bu oylamada da, muhalefeti yıldırma politikaları uygulanmış, kamu görevlileri üzerinde baskı kurularak evet oyu vermeye zorlanmış, hatta teşvik ve rüşvet yoluyla oy kazanmaya dahi teşebbüs edilerek oylamada birçok seçim özgürlüğü ihlali yapıldığı gözlemlenmiştir. (AKYÜZ, s. 98-99).

17 HEISS / NAVIA, s. 166.

18 Pinochet askerî yönetiminin yıkılarak demokrasiye dönülmesinde büyük pay sahibi olan anılan blok aradan geçen 20 yıl boyunca Şili'ye siyasi ve ekonomik istikrar kazandırmış ve bölgesinde saygın ve sözü geçen bir ülke konumuna gelmesinde önemli bir rol oynamıştır. SCRIBNER Druscilla L., 'The Judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile', *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 2, 3, 2010, s. 91.



Pinera, seçimleri kazanmıştır. Harvard doktoralı¹⁹ Pinera, 2010 büyük depremi, Santiago hapisanesi yangını ve maden göçüğü kazası gibi olaylar sebebiyle talihsiz olarak nitelendirilmiştir. Hatta The Economist'in yaptığı kamuoyu araştırmasına göre hem destekçileri hem de muhalefetin nezdinde, beceriksiz başkan` olarak görülmektedir.²⁰ Nihayet 2013 yılında yapılan seçimlerde sosyalist aday Michelle Bachelet, bir kez daha Şili Devlet Başkanı seçilmiştir ve hâlen devlet başkanlığını sürdürmektedir.

II. YARGISAL DENETİMİN KURULUŞU

A. HUKUK SİSTEMİ VE ANAYASACILIK

Uzun ve köklü bir anayasacılık geçmişine sahip olan Şili, günümüzde esas olarak Kıta Avrupası hukukuna dayanan bir hukuk sistemine ve yazılı ve katı bir anayasaya sahip modern bir temsili demokratik rejime sahiptir. Hükümet sistemi olarak Başkanlık sistemi benimsenmiştir. Yürütme yetkisi tek başlıdır ve Devlet Başkanının başında bulunduğu hükümete aittir. Hem devletin, hem hükümetin başı olan Başkan devletin idaresinden, genel politikaların saptanmasından ve uygulanmasından sorumludur. Devlet Başkanı doğrudan halk tarafından seçilir. Seçimler iki turlu olarak yapılır. Başkan Ricardo Lagos döneminde 17 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı anayasa değişikliğiyle, Devlet Başkanı'nun görev süresi 6 yıldan 4 yıla indirilmiş ve Başkan'ın iki dönem üst üste seçilemeyeceği kuralı getirilmiştir.²¹

Yasama organı olan Ulusal Kongre (*Congreso Nacional*), başkentin 140 km batısındaki Valparaíso şehrinde yer almaktadır. Kongre üst yasama organı *Senato* ile alt yasama organı *Temsilciler Meclisi*'nden oluşmaktadır. Temsilciler Meclisi 120 üyeden oluşmaktadır. 17 Eylül 2005 tarihinde yürürlüğe giren anayasa değişikliğiyle, sayıları sırasıyla 9 ve 2 olan kontenjan ve ömür boyu senatörlük makamları kaldırılmış, böylece Senato üye sayısı tamamı seçilmişlerden oluşmak üzere 49'dan 38'e indirilmiştir. Söz konusu değişiklikte birlikte 11 Mart 2006 tarihinden bu yana Şili Senatosu'nda 38 seçilmiş senatör görev yapmaktadır.²² Her ne kadar seçim

19 Harvard Üniversitesi'nden ekonomi doktorası bulunan Pinera'ya, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi tarafından, 'ülkesi için göstermiş olduğu demokrasi mücadelesi ve Şili halkının ekonomik ve sosyal gelişimine yaptığı katkılar nedeniyle' 20 Kasım 2012 tarihinde *Fahri İktisat Doktoru* unvanı verilmiştir. (Şili Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Sebastian Pinera'ya Fahri Doktora Ünvanı Verildi', <https://www2.istanbul.edu.tr/?p=14270>, Haziran 2013)

20 Bkz. <http://www.economist.com/node/21552566> (Erişim: 12.04.2013)

21 SCRIBNER, s. 184.

22 FUENTES Claudio A., 'A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile: 1990-2010', *Texas Law Review*, Vol. 89, 2011 – 2012, s. 1750.



sistemi nedeniyle fiilen iki partili bir sisteme dönüşse de resmî olarak çok partili bir siyasal hayat vardır.

Şili’de yargı organı yasama ve yürütme organları karşısında bağımsızdır. Şili yargı sisteminin başında 21 üyeli Yüksek Mahkeme (*Corte Suprema*) bulunur. Yüksek Mahkeme üyelerinin seçimi usulü, Mahkemenin kendi göstermiş olduğu aday listesinden, Senatonun onaylaması ve Başkan’ın ataması yoluyla gerçekleşir. Üyeler aksi bir durum olmazsa 75 yaşına kadar görev yapar. En önemli görevi içtihat birliği sağlamaktır. Anayasa Mahkemesi, Seçim Kurulu, Bölge Seçim Kurulları ve Askerî Mahkemeler dışındaki bütün mahkemeler Yüksek Mahkeme’nin denetimi altındadır. Yüksek Mahkeme’nin altında ülke geneline dağılmış olan İstinaf Mahkemeleri, bunların denetimi altında Ceza Mahkemeleri, Asliye Mahkemeleri, Çocuk Mahkemeleri ve İş Mahkemeleri yer alır.²³

Şili anayasal sisteminde *anayasa yargısı* ise oldukça önemli bir fonksiyona sahiptir. Günümüzde Şili anayasa yargısı kendine has özelliklere sahip bir yapıdadır. Kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi, farklı organların yerine getirdiği literatürdeki adıyla ‚karma‘ bir denetim vasıtasıyla gerçekleşir. Zira bir yandan özel olarak kurulmuş merkezi bir *anayasa mahkemesi* eliyle kanunların anayasaya uygunluk denetimi yapılırken; diğer yandan da olağan yargı içindeki *üst mahkemelere* yapılan bireysel başvuru (anayasa şikâyeti) yoluyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasına ilişkin bir denetim gerçekleştirilmektedir. Bir başka anlatımla, günümüzde Şili’de kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi iki farklı mekanizma tarafından yerine getirilir: Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan *a priori*-soyut ve 2005 sonrası *a posteriori*-somut denetim ile Temyiz Mahkemeleri (*Courts of Appeal*) ve Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından yapılan bireysel başvuru denetimi.²⁴

Bu çalışmada modern Şili’deki anayasallık denetiminin her iki türü de gerek organik gerekse de fonksiyonel anlamda incelenecektir. Ancak mevcut durumu incelemeyen önce Şili’de anayasacılık hareketlerinin ve yargı denetiminin tarihsel gelişimine kısaca değinmek gerekir. Şili’de yargı denetiminin kendine özgü bir deneyim olmasından hareketle, dönemsel bazda bir inceleme yapmak yerinde olacaktır. Diğer bir ifadeyle, ‚yargı denetimi konusundaki gelişmelerin temel çizgileri‘ ve ‚yargı denetiminde benimsenen model‘ başlıklarını dönemsel incelemenin içinde eritmek, Şili’deki yargı sisteminin yapısı ve konu bütünlüğü bakımından daha tutarlı

23 PARMO Domingo Lovera, ‚Implosive Courts, Law, And Social Transformation: The Chilean Case‘, *Cambridge Student Law Review*, Vol. 3, 31, 2007, s. 42.

24 PARMO, s. 42.



bir yaklaşım sunacaktır. Şili'de yargı denetimini dönemlere ayıracak olursak; özerk bir anayasa yargısı denetimi organı niteliğinde olan Şili Anayasa Mahkemesi'nin kurulduğu 1970 öncesi dönem, 1970 ile 1980 Anayasası arası dönem, 1980 Anayasası ile 2005 değişiklikleri arası dönem, son olarak 2005 sonrası dönem (günümüz) şeklinde bir tablo karşımıza çıkmaktadır. Şili anayasa yargısı tarihinde 2005 sonrası dönemin güncel döneme referans vermesi yönüyle; 'mahkemenin görevleri; mahkemenin iç yapısı; mahkeme üyelerinin nitelikleri ve belirlenme usulleri', 'üyelerin hukuki statüsünün özellikleri', 'başvuru yolları' ve 'kararların niteliği' başlıklarını bu konu başlığı altında incelemek metodolojik olarak daha isabetli olacaktır.

B. ANAYASA MAHKEMESİ ÖNCESİ DÖNEM

Bu dönem farklı yöntem ve usullerin öngörülmüş olması sebebiyle, Erken Dönem 1833 Anayasası ve 1925 Anayasası şeklinde iki ayrı başlık altında incelenecektir. Anayasa Mahkemesinin kurulması ile başlayan süreç yeni bir başlık altında incelenecektir.

1. Erken Dönem: 1810–1833

Anayasacılık hareketleri bakımından hatırı sayılı bir anayasal tarihe sahip olan Şili, 1800'lü yılların ilk yarısında anayasacılık bakımından önemli gelişmeler yaşamaya başlamıştır. Hemen belirtmek gerekir ki her ne kadar Amerika kıtasında yer alsın da Şili'de anayasacılığın gelişimi Kıtanın büyük gücü ABD'den daha farklı bir rota izlemiştir. Zira Şili, Roma-Germen hukuk sistemine ait bir ülke olması dolayısıyla ABD'den farklı bir hukuk geleneğine sahip olmasının yanında, aynı zamanda farklı bir hukuk kültürüne de sahiptir. Bu kıtada uzun süren İspanyol ve Portekiz sömürgeciliği, pek çok etkenin yanında bireyler ve devlet arasındaki ilişkileri de ABD'den farklı şekillendirmiştir²⁵. 1810 yılında bağımsızlığını ilan eden Şili, Kıta Avrupası anayasacılığının en önemli akımlarından olan Fransız hukuk geleneğini takip ederek büyük bir kodifikasyon hareketine başlamıştır. Öte yandan Rousseau ve Montesquieu'den etkilenen bağımsız Şili'nin ilk devlet elitleri, Fransız tipi millet egemenliğine ilkesine bağlı olarak, bunun mutlak tezahür ettiği makam olan *parlamentonun üstünlüğü* ilkesini kabul etmişlerdir. Dolayısıyla erken dönem Şili anayasal düzeninde hâkim olan anlayışa göre halk iradesinin üstünde hiçbir güç yoktur ve milli meclis bunun yegâne koruyucusudur²⁶.

25 FRIEDLER Edith Z., 'Judicial Review in Chile', *Sw. J. L. and Trade Am*, (7), 2000, s. 326.

26 Bunu en açık örneği 1855 tarihli Şili Medeni Kanunudur (*Civil Code*). Hâlen yürürlükte olan bu büyük kanunun 1'inci maddesine göre, Kanun Anayasa'da belirlenen şekilde tecelli eden ve emreden, yasaklayan veya izin veren halk iradesinin bir ilanıdır'. FRIEDLER, s. 326, (dipnot 20).



Keza Şili, Fransızların yargıya olan güvensizliğini de miras edinmiş ve hâkimlerin hukuk yaratmak veya kanunların anayasaya uygunluğunun denetimini yapmaktan açıkça yasaklandığı bir yargı sistemi kurmuştur²⁷. Zira Kıta Avrupası geleneğinde kanunların yargısal denetimi yargı fonksiyonu ile bağdaşmayan bir olgudur. Halk iradesinin tecelli ettiği organ olan yasamanın üstünlüğüne dayanan ve büyük ve kapsamlı kanunların hâkim olduğu bu sistem, yargıya çok sınırlı bir rol biçer ve bu sınırlı fonksiyonun içinde kanunların anayasaya uygunluğunu denetlemek öngörülmemiştir²⁸.

Şili tarihinde ülkede kurumsal anlamda cumhuriyetin yerleşmesi esas itibarıyla 1833 yılında yapılan Anayasayla mümkün olmuştur. Dolayısıyla Şili'nin anayasal tarihi bakımından ilk referans noktası yaklaşık yüz yıl boyunca yürürlükte kalan 1833 Anayasasıdır. Ancak bu anayasadan önce de (1810–1833 arasında) bazı anayasal belgeler ve kısa anayasalar yapıldığı bilinmektedir. Ne var ki bunlar çok kısa ömürlü olmuşlar ve hiçbiri faydalarının ya da işlevselliklerinin test edilebileceği kadar yürürlükte kalamamışlardır²⁹.

Şili her ne kadar 1810'da bağımsızlığını kazansa da, bu ilk bağımsızlık girişimi kısa sürdü ve İspanyollar tekrar ülkeye hâkim oldu. Dolayısıyla ülke 1814–1818 arasında İspanyol ordusu tarafından yönetilmiştir. 1818'de İspanyolları yenip nihai ve tam bağımsızlık ilan edildikten sonra ise 1818, 1822, 1823 ve en son 1828 yıllarında Anayasalar yapılmıştır. Son tahlilde bu dönem için genel olarak şunlar söylenebilir: Yapılan bütün anayasalar esas itibarıyla yasama ve yürütme kuvvetleriyle ilgilenmiş, bu organların nasıl seçileceği ve aralarındaki güçler ayrılığına odaklanmıştır. Yargı organı ise bu anayasalarda önemli bir rol edinmemiştir. Zira anayasayı yorumlamaya ihtiyaç duyulmamış, bu ihtiyaç ortaya çıktığında ise anayasa yenisiyle değiştirilmiştir.

Eğer bir anayasanın yenisiyle değiştirilmesi kolaysa, yorum genişliği azalır. Dolayısıyla aslında bu dönemdeki anayasaların kısa ömrü, anayasa yargısının neden ortaya çıkmadığını açıklamaktadır³⁰.

27 FRIEDLER, s.326.

28 FRIEDLER, s.322-323.

29 FRIEDLER, s.327; Bu dönemde ilk olarak bağımsızlığın hemen ardından yapılan 1811 Anayasal Kuralları; pek çok anayasa hukukçusu tarafından Şili'nin ilk anayasası olarak kabul edilen ve ABD tipi bir kuvvetler ayrılığını benimseyen ve temel hakları ihtiva eden 1812 Anayasal Kuralları; ülkenin kurucularından Bernardo O'Higgins tarafından yapılan ve yasama ve yürütme yetkilerini elinde toplayan bir devlet başkanlığı sistemi kuran 1814 Anayasal Kuralları yapılmıştır. NAVIA, s.3 – 4.

30 NAVIA, s. 3 – 9.



2. 1833 Anayasası

Ülkede bir anayasal düzen kurmak için girişimler 1831 yılında başladı ve bir anayasa konvansiyonu tarafından 1833 yılında yeni bir anayasa hazırlandı. Latin Amerika'da en uzun süre yürürlükte kalan anayasalardan biri olan 1833 Anayasası, Amerikan tipi bir başkanlık ile İngiliz tipi parlamenter sistem arasında karma bir sistem kurmuştu. Ancak bu karma sistem, Başkan ile Parlamento arasındaki sürekli bir güç savaşına neden oluyordu. 19'uncu yüzyılın sonlarına gelindiğinde ise bu çatışma, parlamenter sistem lehine çözülmüştü.

Bu anayasada yargıya çok az yer verilmişti. Her ne kadar anayasa ile mahkemeler ve hatta bir Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) kurulmuş ise de bu mahkemelerin çalışma alanları sadece bireyler arasındaki uyuşmazlıkları çözmekle sınırlıydı.³¹ Keza Anayasa, kanunların anayasaya uygunluğu bakımından ise *yasama yorumunu* benimsemişti.³² Anayasanın 163'üncü maddesine göre sadece Parlamento (Kongre) anayasa hükümlerini yorumlamakla ve herhangi bir anayasa hükmünün anlamı üzerindeki her türlü şüpheyi çözmekle görevlendirilmiştir³³. Dolayısıyla 1833 Anayasası döneminde Yüksek Mahkeme dâhil hiçbir mahkeme bir kanunun anayasa uygunluğunu denetleme yetkisine sahip değildi.

Bu bakımdan Şili'nin o dönemde Amerikan tipi başkanlık sistemini benimsemesi karşısında ABD'de ortaya çıkan kanunların anayasaya

31 Söz konusu dönemde doktrin ve yargı, yargıcın görev tanımının, 'bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olsa da olmasa da uygulanması' olduğu konusunda hemfikirlerdir. Söz konusu anlayışın 19.yy sonlarına doğru gelindiğinde değiştiğini görmekteyiz. 1867 yılında Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*), temyiz mahkemelerine göndermiş olduğu yazılı tebliğde:

Hiçbir mahkemenin yasaları uygulamak yerine onları anayasaya aykırı olarak değerlendirmeye yetkisi yoktur. Ancak somut davada uygulanan norm, anayasaya açıkça aykırılık teşkil ediyorsa, yasa hükmünün uygulanması yerine Anayasa uygulanmalıdır.' şeklindeki açıklamasıyla yeni bir dönem başlatmıştır. Yüksek Mahkeme'nin bu görüşüne, doktrindeki bazı yazarlar, 'özel kanunun, genel kanuna tercih edileceği' tasımından hareketle karşı çıkmışlardır. Bu görüş, azınlıkta kalmış, anayasal hükümlerin daha üstün nitelikte olduğu görüşü daha çok taraftar bulmuştur. FIGUEROA Dante, 'Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making', *Duquesne Law Review*, Vol. 51, Spring 2013, s. 393.

32 Bu dönemde kanunların anayasaya uygunluğunun, 'siyasal denetim' olarak da adlandırabileceğimiz, Kongre nezdinde denetimi söz konusudur. Ayrıca 1833 Anayasa'sının 164. maddesi anayasayı yorumlama yetkisini yalnızca ve açıkça Ulusal Kongre'ye tanımaktadır. COUSO Javier, 'Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970–2010', *Texas Law Review*, Cilt 89, Sayı 7, 2011, ss.1517–1536, s. 1523. ('Models of Democracy...')

33 NAVIA, s. 9–10.



uyguluğunun yargısal denetimi doktrini benimsememesi ilginçtir³⁴. Bu durum ancak, o dönem Şili’de hâkim olan *yasamanın üstünlüğü* (*legislative supremacy*) ilkesinin sonuçlarından biri olan katı kuvvetler ayrılığı anlayışının, bir hâkimin her şeye kadir olan parlamentonun iradesini bozması düşüncesinin tasavvur edilmesini olanaksız hâle getirmesiyle açıklanabilir³⁵. Nitekim 1891’de parlamento ile başkan yanlıları arasında patlak veren iç savaşın ardından parlamentonun egemenliği daha da kuvvetlenmiş ve Şili Amerikan tipi başkanlık sisteminden, İngiliz tipi parlamenter sisteme geçiş yapmıştır. Savaş sonunda parlamento yanlıları galip gelmiş ve başkanın yetkileri azaltılarak Şili’de 1925’e kadar sürecek olan gerçek bir parlamenter hükümet sistemi dönemi başlamıştır³⁶. Böyle bir ortamda ise anayasa yargısının doğması teorik olarak pek mümkün gözükmemektedir; dolayısıyla 1833 Anayasasının yasama yorumuyla yetinmesi bu bakımdan anlaşılabilir.

3. 1925 Anayasası

Parlamentonun ulusal siyasetin merkezinde olduğu 1891–1924 döneminde, Şili eski yönetici sınıfın itibarını kaybetmesine ve devlet başkanı tarafından kurulan daha duyarlı bir halk hükümetinin yükselmesine yol açan çeşitli sosyal ve ekonomik krizlere maruz kaldı. Bu dönemde, bu gelişmelerle birlikte yeni bir anayasa hazırlandı ve 30 Ağustos 1925’te yapılan halkoylaması ile ülkenin yeni anayasası kabul edildi. Bu anayasa 1925’ten demokratik kırılmanın yaşandığı 1973’e kadar yürürlükte kalmıştır. 1925 Anayasası her ne kadar esas itibarıyla bir önceki anayasal doktrinden sapmamışsa da, güçler dengesini parlamentodan alıp yeniden devlet başkanına doğru kaydırmak için tasarlanmıştı. Zira anayasada yeniden Amerikan tipi kuvvetler ayrılığı ile frenler ve dengeler benimsenmişti. Kabine üyeleri tamamen Başkanın takdiriyle atanırdı ve kongre kanun yapma yetkisine sahip olsa da başkanın bu kanunları veto etme yetkisi getirilmişti³⁷.

1925 Anayasası, kanunların yargısal denetimine ilişkin olarak ise Yüksek Mahkeme’ye somut denetim yoluyla anayasayı yorumlama ve kanunları anayasaya aykırı ilan etme yetkisi vermiştir (m.86). Fakat bu oldukça sınırlı bir yetkidir ve Şili Yüksek Mahkemesi bu dönemde genellikle anayasal konularla ilgilenmemeyi tercih etmiştir. Anayasayı

34 FRIEDLER, s.327.

35 FRIEDLER, s.326.

36 NAVIA, s.13; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Civil_War (Nisan 2012).

37 NAVIA, s.14; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Constitution_of_1925; <http://countrystudies.us/chile/85.htm> (Nisan 2012).



hazırlayan komite Amerikan örneğini takip ederek kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyecek bir organ (ya mevcut Yüksek Mahkeme ya da ayrı bir mahkeme) kurulmasını önermişti. Anayasa taslağını hazırlayanlar o dönemde Avusturya ve Çekoslovakya'da kurulmuş olan merkezi anayasa mahkemelerin de farkındaydılar ve olağan yargı sisteminden bağımsız ayrı bir anayasa mahkemesi kurulması fikri de tartışılmıştı. Ancak anayasayı hazırlatan dönemin devlet başkanı Arturo Palma, yargısal denetimle görevlendirilecek organa kanunları *erga omnes* iptal etme yetkisinin verilmesine karşıydı ve sadece önündeki belirli bir davayla ilgili olarak bir kanunun anayasaya aykırılığı dolayısıyla *inter partes* uygulanamaz olmasını ilan etmekten başka bir yetki verilmemesi gerektiği kanaatindeydi. Sonuçta Başkanın dediği oldu ve 1925 Anayasası 86'ncı maddesi ile Yüksek Mahkemeye münhasıran önüne gelen davalarda bir kanunun geçerliliğini etkilemeden, sadece anayasa aykırı olduğu ve dolayısıyla somut dava bakımından uygulanamaz olduğunu ilan etme yetkisini vermiştir. Buna göre Yüksek Mahkeme kanunların hem şekil hem de esas bakımından anayasa uygunluğunu denetlemeye yetkiliydi fakat 1925 Anayasasının yürürlükte kaldığı süre boyunca Mahkeme kanunları şekilde bakımından denetlemeyi reddetmiştir³⁸.

Şili'nin bu dönemde sahip olduğu anayasa yargısı sistemi, ne tam olarak Avrupa modeli ne de Amerikan modeline uymamaktadır. Zira bu sistem yargısal denetim yetkisini sadece tek bir organa vermesi bakımından merkezi anayasa yargısı modeline (Avrupa modeli) yaklaşmış ve fakat bu yetkiyi ayrı ve özel olarak kurulmuş bir mahkemeye değil, olağan bir yargı organına ait yüksek mahkemeye vermesi dolayısıyla da bu modelden ayrılmıştır. Keza bu sistem Amerikan modelini de benimsememiştir çünkü sadece Şili Yüksek Mahkemesi anayasaya aykırılık davalarına bakabilirdi ve kararları sadece *inter partes* etkiye sahipti³⁹. Diğer yandan Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip Şili'de sadece yasa koyucu hukuk yaratabilir, yani mahkeme içtihatları bakımından Anglo-Amerikan hukukunda kabul edilen *stare decisis* ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla Şili'de Yüksek Mahkeme içtihatları diğer mahkemeler için teorik olarak bağlayıcı olmadığı için, pratikte bir kanunun anayasa aykırılığı dolayısıyla tamamen geçersiz nitelikte olması ve *de facto* yürürlükten kalkması mümkün değildi. Yani anayasaya aykırılık sadece somut durum için söz konusu olabiliyordu. Dolayısıyla Yüksek Mahkeme kararlarının sadece önündeki belirli bir dava için bağlayıcı olması ve anayasaya aykırı bulunan kanunun yürürlükte kalmaya devam etmesinin benimsenmiş

38 FRIEDLER, s. 328.

39 FRIEDLER, s.328 - 329.



olmasıyla Kara Avrupası'ndaki kuvvetler ayrılığı kavramına ile uygun bir usul kurulmuştu⁴⁰.

1925 Anayasasının kurduğu bu oldukça sınırlı yargı denetimi Anayasanın 2'nci maddesi ışığında değerlendirilmelidir. Bu hükme göre ,egemenlik aslen ulusa aittir ve Anayasayla kurulmuş organlar eliyle kullanılır (*Sovereignty resides intrinsically in the Nation, which delegates the exercise thereof to the authorities that this Constitution establishes*)⁴¹. Bu hükmün ortaya koyduğu egemenlik anlayışına göre 1925 anayasal düzeninde egemenlik sınırsızdır ve yasama organı millet egemenliğinin tecelli ettiği en üstün ve her şeye gücü yeten organdır. Bu nedenle 1925 Anayasası döneminde yasama ve yürütme organları Yüksek Mahkemenin hiçbir müdahâlesiyle karşılaşmadan yetkilerini kullanabileceklerine inanmış ve hatta yasama organının bilerek anayasaya aykırı kanunlar yapmasına bile imkân tanınmıştır; zira yasama organı söz konusu egemenlik anlayışı dolayısıyla Yüksek Mahkeme dâhil hiçbir organının, yaptığı kanunların uygulanmasını engelleyemeyeceği konusunda sonsuz bir güvene sahipti⁴². Dolayısıyla böyle bir ortam, gerçek anlamda bir anayasallık denetimi yapılmasına elverişli değildi. Neticede halk iradesine olan bu inanç ancak II. Dünya Savaşının yarattığı korku ortamının sonucunda değişebildi. Bu değişim bundan sonraki başlık altında incelenecektir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ (TRIBUNALCONSTITUCIONAL)

Şili, anayasanın üstünlüğünün yargısal müeyyidesine ilişkin etkili bir mekanizmaya sahip olmadığı yaklaşık bir buçuk asrın ardından Başkan Eduardo Frei döneminin sonlarında, 1970 yılında, tarihinde ilk kez bir ,Anayasa Mahkemesi (*Tribunal Constitucional*)' kurdu. Bu yeni Anayasa Mahkemesi, Kıta Avrupası hukuk geleneğinde yerleşmiş anayasal denetim mekanizması modeline uygun olarak, olağan yargı organının dışında özel olarak kurulmuş özerk bir organdı⁴³. Ancak bu Mahkeme kendi ismini gerçek anlamda yıllar içinde siyasi rejimdeki değişimlerden derinden etkilendikten sonra hak etmiştir. Gerçekten de Şili Anayasa Mahkemesi son kırk yıldır, kendi niteliği, üstlendiği rol ve Şili'nin siyasi sürecine olan etkisi bakımından radikal değişiklikler geçirmiştir.

Diğer bir ifadeyle Şili'de farklı dönemlerde, kurumsal ve fonksiyonel anlamda farklı birer Anayasa Mahkemesi var olmuştur. Bu bağlamda

40 FRIEDLER, s.329.

41 FRIEDLER, s.329.

42 FRIEDLER, s.330.

43 COUSO, Models of Democracy<, s. 1527.



Anayasa Mahkemesi var olduğu dönemler bakımından Javier Couso'yu takip ederek üç dönem hâlinde incelenebilir: a) Demokratik yönetim altında Fransız *Anayasa Konseyini* model alan 'birinci dönem Anayasa Mahkemesi'; b) General Pinochet'nin önderliğindeki askerî dikta rejiminin demokrasiye dönüşe karşı bir güvence olarak 1980 Anayasasıyla kurduğu 'ikinci dönem Anayasa Mahkemesi' ve c) demokrasiye dönüşün ardından gerçek anlamda işlevsel bir modern anayasal denetim organı olarak 2005'ten günümüze kadar uzanan süreçteki, üçüncü dönem Anayasa Mahkemesi⁴⁴. Dolayısıyla çalışmanın bundan sonraki kısmında Şili Anayasa Mahkemesi, ilk kez kurulduğu 1970 yılından günümüze kadar bu üç dönem için ayrı başlıklar altında incelenecektir.

A. İLK DÖNEM ANAYASA MAHKEMESİ (1970–1973)

Şili Anayasa Mahkemesi, ilk kez 1925 Anayasasında 1970 yılında yapılan bir değişiklik ile kurulmuştur. Kasım 1970'de yürürlüğe giren ve Anayasaya üç yeni madde (m.78a, 78b ve 78c) ekleyen bu anayasa değişikliği⁴⁵ ile kurulan Anayasa Mahkemesi dört yıl için atanan beş (5) üyeden oluşuyordu ve üyelerinin üçü (3) devlet başkanı tarafından atanıyor, geri kalanı iki (2) üye ise Yüksek Mahkeme üyeleri arasından seçiliyordu (m.78a). Anayasa Mahkemesinin temel görevi Kongrenin onayına sunulan kanun tasarılarının, antlaşmaların ve kanun hükmünde kararnamelelerin *a priori* anayasaya uygunluğunu denetlemektir (m.78b/a-b). Bu bağlamda yeni Anayasa Mahkemesinin en önemli fonksiyonu, 1970 öncesi Yüksek Mahkemenin ısrarla uygulamaktan imtina ettiği kanunların şekil bakımından anayasaya uygunluğunu denetlemektir⁴⁶.

Fakat bu önemli yetkilerine rağmen yeni Mahkeme beklendiği kadar iyi işlemedi. Anayasa Mahkemesi sadece askerî darbenin gerçekleştiği Eylül 1973'e kadar yaşayabildi; zira askerî dikta rejimi yönetimim ele geçirdiğinde derhal Anayasa Mahkemesini kapattı. Üç yıllık bu kısa ömründe ise Anayasa Mahkemesi sıkça toplanmasına rağmen istenilen fonksiyonu icra edemedi. Anayasa Mahkemesinin bu kısa dönemdeki etkisiz performansının onun kuruluşu, üyelerinin seçim süreci ve üyelerin ideolojileri ya da hukuk anlayışlarına bağlı olduğu belirtilmektedir. Özellikle Anayasa Mahkemesinin iki üyesinin aynı zamanda Yüksek

44 COUSO, Models of Democracy, s. 1528.

45 Bu anayasa değişikliği ile 1925 Anayasasına eklenen 78 a), 78 b) ve 78 c) maddelerinin İngilizce metni için bkz. *English translation of the Constitution of 1925, as amended to 1971*, Belge Kaynağı: Pan American Union / OAS [tarihsiz], s.26–29, HeinOnline (<http://heinonline.org>) (15 Nisan 2012).

46 FRIEDLER, s. 330.



Mahkeme üyesi olması, yargı bağımsızlığı açısından Anayasa Mahkemesini olumsuz etkileyen en önemli faktörler arasında sayılmaktadır. Dolayısıyla bu dönemde Anayasa Mahkemesinin

Şili hukuk sistemi içinde demokratik meşruluk, gelenek ve prestijden yoksun olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Nihayet Anayasa Mahkemesi bu dönemdeki fonksiyonuyla 1973 askerî darbesini engelleyememiştir çünkü Mahkemenin kurulması çok gecikmişti ve bağımsız bir güç olarak algılanmıyordu. Keza Anayasa Mahkemesi belki de olabilecek en kötü zamanda kurulmuştur; çünkü o dönemde yürütme ve yasama organları arasındaki uyumsuzluklar daha önce benzeri görülmemiş derecede yüksek seviyedeydi ve çoğu aktör demokratik istikrarı gerekli ya da arzu edilen bir mefhum olarak değerlendirmiyordu⁴⁸.

Sonuç olarak, bütün bu özellikleri dikkate alındığında ilk dönem Anayasa Mahkemesi için aşağıdaki değerlendirmeler yapılabilir:

Bu mahkeme Şilin yarım yüzyıl önceki anayasacılık anlayışıyla benzer şekilde katı bir yasamanın üstünlüğü ve kuvvetler ayrılığı anlayışına dayanmaktaydı. Bu bağlamda yeni Anayasa Mahkemesinden beklenen temel hak ve hürriyetlerin koruyucu olması değil, seçilmiş iki organ olan yasama ve yürütme arasında ortaya çıkabilecek hukuki uyumsuzlukları çözmektir. Ancak gerçekte mahkeme kendisine biçilen yasama ile yürütme arasındaki arabuluculuk rolünü dahi yerine getirememiştir.

Şili'nin çok kısa ömürlü ilk Anayasa Mahkemesi, yasamanın yaptığı kanunların üstünlüğüne dayalı ve anayasayı mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilecek bir haklar şartından ziyade siyasal sistemin temel kurallarını koyan bir belge olarak algılayan geleneksel anayasacılık anlayışına dayanmaktaydı. Keza mahkeme o dönemde Şili'de baskın hukuk felsefesi olan (Hans Kelsen ile Andres Bello'nun savunduğu) güçlü hukuki pozitivism akımına da uygundu. Bu bağlamda Mahkeme tarafından dikkate alınacak üstün hukuk ilkeleri yoktu; sadece anayasanın lafzına göre karar vermeyi sağlayan basit anayasa kuralları vardı⁴⁹.

1970 yılında kurulan Anayasa Mahkemesi, üstlendiği misyonu yerine getirmeye fırsat bulamadan 1973 hükümet darbesinin ve onun kurduğu askerî dikta rejiminin kurbanı olmuştur. Hükümet darbesinin ardından darbeyi yapan askerî cunta 1925 Anayasasını askıya aldı ve

47 FRIEDLER, s. 331.

48 NAVIA, s. 19.

49 COUSO, Models of Democracy, s. 1529 - 1530.



ülke askerî yönetimin çıkardığı kararnameler ile yönetilmeye başlandı.⁵⁰ Anayasa Mahkemesi de yeni bir anayasanın yapıldığı 1980 yılına kadar kapatıldı; (zaten) darbe ile birlikte parlamento kapatılmış olduğundan yasama ve yürütme arasındaki uyumsuzlukları çözecek bir organa ihtiyaç kalmamıştı⁵¹.

B. 1980 ANAYASASI ve İKİNCİ DÖNEM ANAYASA MAHKEMESİ (1981–2005)

Şili'nin ikinci dönem Anayasa Mahkemesi, 11 Eylül 1973'de yönetime darbe ile koyan askerî rejiminin bir ürünü olan 1980 Anayasası tarafından kurulmuştur. İlk dönem Anayasa Mahkemesinin yaşamı, demokratik rejimi kesintiye uğratan 1973 darbesi ile son bulmuş, ülke yedi yıl boyunca askerî bir dikta rejimi ile yönetilmiştir. Bu dönemde (1973–1980) Şili'de hem alt hem de üst derece mahkemeleri sadece pasif değil aynı zamanda 1973'de başlayan baskı rejimine karşı müsamahakâr bir tutum göstermiştir. Yani Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) dâhil sivil mahkemeler, o dönemde askerî mahkemelerin işlemlerine karışmayı reddetmiş ve yeni siyasi rejime bağlılıklarını ilan etmişlerdir⁵². Dolayısıyla dikta rejiminin ilk yedi yılında yargı denetimi bakımından hiçbir gelişme olmamıştır.

Nihayet askerî rejim 1980 yılında bir anayasa yapmış, bu yeni anayasa ile birlikte 1981 yılında da 'ikinci Anayasa Mahkemesi' kurulmuştur. Dolayısıyla Şili'nin ikinci Anayasa Mahkemesi'ni inceleyebilmek için öncelikle 1980 Anayasasının özelliklerini ve bu anayasanın kurduğu siyasal sistemin temel değerlerini açıklamak gereklidir.

1. 1980 Anayasası

Darbeden sonra, askerî cunta yeni bir anayasa yapılması için çalışmaları başlatmıştı. Bir anayasa komisyonu kuruldu ve bu komisyonun 1979'da hazırladığı anayasa taslağı askerî cunta tarafından sivil konularda askerin gücünü artıran bir şekilde revize edildikten sonra halkoylamasına sunuldu. Pinochet yönetiminin hazırladığı anayasa 11 Eylül 1980 yılında gerçekleştirilen şaibeli, muhalefetin medyaya ulaşmaktan yoksun olduğu

50 Bu dönemde Latin Amerika'da 20. yy.ın son çeyreğine damgasını vuran damgasını vuran Kanun Hükmünde Kararnameler çıkarılmıştır. Bunların özelliği meclisten yetki kanunu alınmaksızın çıkarılması ve geçerli yasa hükmünü değiştirmesidir. WILSON Richard J., 'Reflections on Judicial Review in Latin America', *Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas*, Vol. 7, 2000, s. 438.

51 FRIEDLER, s. 331.

52 FRIEDLER, s. 331.



ve seçim denetiminin olmadığı siyasi baskı altında bir halkoylaması ile kabul edildi ve 11 Mart 1981’de yürürlüğe girdi. Dolayısıyla bu anayasanın özgür ve bilinçli seçmenler tarafından kabul edildiği değil, ordu tarafından ülkeye dayatıldığı kabul edilmektedir. Askerî yönetimin hazırladığı bu anayasa Batı Avrupa devletlerinin özellikle de İspanya, Almanya ve Fransa anayasalarından yararlanılarak hazırlanmıştı. Ancak anayasa, sınırlı kişi hakları ve siyasal haklar, çok geniş olağanüstü hal yetkileri, güçsüz bir parlamento karşısında bir o kadar güçlü bir devlet başkanı, atanmış senatörler, silahlı kuvvetler için özel dokunulmazlıklar ve anayasanın değiştirilmesine karşı engeller içermesi dolayısıyla esas itibarıyla askerî cuntanın kurduğu rejimi korumayı amaç edinen bir ‘korunmuş demokrasi’ (*protected democracy*) kurmuştur⁵³.

1980 Anayasası, yürürlüğe girmesiyle birlikte darbeci General Pinochet’ye sekiz yıllık devlet başkanlığı görevini verdi ve bu sürenin sonunda seçmenlerin yeni bir sekiz yıllık dönem için askerî yönetimin önereceği Başkan adayını onaylayacağı bir halkoylaması öngörüldü. Neticede sekiz yılın ardından 1988 yılında Pinochet, anayasanın öngördüğü şekilde başkanlığa aday oldu fakat seçimi kaybetti. Bu, Şili’nin demokratikleşmesinde hayati öneme sahip bir dönüm noktasıdır. Pinochet’nin mağlubiyetinden sonra askerî yönetim ve muhalefet anayasa değişikliği yapılması hususunda anlaştı ve 1989’da yapılan halkoylaması ile anayasada önemli değişikliklere gidilerek gelecek yönetimler için askerinin etkisi azaltıldı. Keza bu halkoylaması ile 1980 Anayasasının geçerliliği de onaylanmış oldu. 1989’da ilk demokratik seçimler yapıldı ve demokrasiye geçiş başladı⁵⁴.

2. 1980 Anayasası’nın Kurduğu Anayasa Mahkemesi

Anayasa, yeni kurulan rejimin bekçiliğini üstlenmesi, öncelikle de özel mülkiyeti korumak ve statükoyu savunan partileri desteklemek için⁵⁵ kanunların anayasaya uygunluğunu soyut ve önleyici (*a priori*) şekilde denetlemekle görevli yeni bir Anayasa Mahkemesi kurdu. 1980 Anayasasınının 81’inci maddesine göre Anayasa Mahkemesi 7 üyeden oluşuyordu. Üç üye Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) tarafından kendi üyeleri arasından seçiliyor, bir üye devlet başkanı tarafından, bir üye Senato tarafından ve iki üye de Milli Güvenlik Konseyi⁵⁶ tarafından

53 COUSO, *Models of Democracy*, 2011, s. 1531; FRIEDLER, s. 332 - 333; NAVIA, s. 19.

54 NAVIA, s. 20.

55 CARROLL Royce / TIEDE Lydia, ‘Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal’, *Journal of Empirical Legal Studies*, Cilt 8, Sayı 4, 2011, ss.856–877, s.859.

56 Milli Güvenlik Konseyi (*Consejo de Seguridad Nacional*) 1980 anayasası tarafından



atanyordu. Mahkeme üyeleri dört yılda bir yarısı yenilenerek sekiz yıl görev yapıyorlardı ve tekrar atanmaları mümkündü. Toplantı yeter sayısı beştir ve basit çoğunlukla karar alınır. Mahkemenin kararları, farklı düşünenler olsa da, kesindir ve iptal edilen kanun tasarıları hukuk âleminde silinirler⁵⁷. Bu nispeten geniş soyut yargısal denetim yetkisinin sonucu Mahkemenin kararları potansiyel olarak politika üzerinde büyük etkiye sahiptir. Mahkeme genel olarak bütün teklif edilen bütün kanunları değil ama bir kısmını anayasaya aykırı bulmakta ve yasama organının kanunlaşmadan önce anayasaya aykırılıkları anlamasını sağlamaktadır⁵⁸.

Mahkemenin temel görevleri organik anayasal kanunların ve anayasayı yorumlayan kanunların anayasaya uygunluğunu yayımlanmalarından önce denetlemek; normal kanunlar, anayasa değişiklikleri ve uluslararası antlaşma tasarılarının yasama süreçleri boyunca doğacak anayasaya aykırılık sorunlarını incelemek, kanun hükmünde kararnamelerin anayasa aykırılığı ile ilgili uyumsuzlukları çözmektir. Mahkeme bunlar dışında siyasi partilerin anayasaya aykırılıkları hakkında da karar verme yetkisine de sahiptir⁵⁹. Anayasaya göre Mahkemenin yaptığı anayasaya uygunluk denetimde (1) anayasal organik kanunlar ve anayasayı yorumlayan kanunlar için zorunlu⁶⁰; (2) diğer kanunlar, anayasa değişiklikleri ve antlaşmalar için ise belirli sayıdaki parlamento üyesinin başvurusu üzerine yapılan ihtiyari bir denetim (bu denetime *requerimientos*⁶¹ denilir) söz konusudur. Yani birinci durumda parlamento onayından itibaren beş

kurulmuştur. Konsey Devlet Başkanı, Yüksek Mahkeme başkanı, Millet Meclisi ve Senato Başkanları, silahlı kuvvet komutanları ve *Contraloría General*'den oluşuyordu. CARROLL / TIEDE, s. 861 – 864.

57 FRIEDLER, s. 333 - 339.

58 CARROLL / TIEDE, s. 859.

59 Şili, anayasa yargısının çeşitli şekillerde var olduğu on sekiz Latin Amerika ülkesi (Arjantin, Bolivya, Brezilya, Şili, Kolombiya, Kosta Rika, Dominik Cumhuriyeti, Ekvator, El Salvador, Guatemala, Honduras, Meksika, Nikaragua, Panama, Paraguay, Peru, Uruguay, Venezüella) arasında, anayasallık denetimi yapan yargı organının (Anayasa Mahkemesinin) siyasi partilerin anayasaya aykırı olduklarına karar verme yetkisine sahip olduğu tek Latin Amerika ülkesidir. FROSINI Justin O. / PEGORARO Lucio, *Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification* içinde *Constitutional Courts: A Comparative Study*, Andrew Harding / Peter Leyland (ed.), Wildly, Simmons & Hill Publishing, London, 2009, ss. 345 – 376, s. 362 – 363.

60 Bu zorunlu denetime 2005 Anayasa değişikliği ile bir de ,bir uluslararası antlaşmanın anayasal organik kanuna ait konulara ilişkin hükümleri (*norms of a treaty which concern matters belonging to the latter*) eklenmiştir. Yani 2005 sonrası Anayasa Mahkemesi, kural olarak uluslararası antlaşmaların denetimini ihtiyari başvuru üzerine yapacak, ancak eğer antlaşmada bahsi geçen türden hükümler var ise bunları başvuruya gerek kalmadan zorunlu olarak inceleyecektir (Şili Anayasası, m.93/2).

61 Bu dava türünün tam adı, *Requerimientos de inconstitucionalidad presentado porsenadores o diputados* şeklindedir.



gün içerisinde kanun tasarısı, tasarının ilk kez sunulduğu Parlamento kanadı tarafından Mahkemeye gönderilmek zorundadır. İkinci hâlde ise Mahkeme ancak Parlamentonun her iki kanadından (Temsilciler Meclisi ve Senato) birinin dörtte biri tutarındaki üyesi ya da Devlet Başkanı tarafından kendisine bir başvuru yapılması hâlinde denetim yapabilir. Bu hâlde Mahkeme on gün içinde (gerekçesini belirterek on gün daha uzatabilir) kararını vermek zorundadır.

İhtiyari denetim davaları (*requerimientos*), tipik soyut denetime kıyasla daha siyasi niteliktedir zira bu talepler politikacılar tarafından Mahkeme önüne getirilmektedir ve yasama organındaki siyasi bölünmeyi yansıtmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu başvurular aslında Şili'deki sağ muhalefet partilerinin, iktidardaki merkez-sol koalisyonu (*Concertación*) karşı yürüttükleri siyasi muhalefetin bir parçasıdır⁶². Ancak her halükarda, hem zorunlu denetim hem de ihtiyari başvuru üzerine yaptığı denetimde Anayasa Mahkemesi, kanunların yayımlanmasından ve yürürlüğe girmesinden önce (*a priori*) ve uygulanmadan önce (*soyut*) anayasallık denetimi yapmaktadır. Bu özelliği nedeniyle Mahkemenin yaptığı denetim 'yargısal' olmaktan çok 'siyasi' bir denetim olarak algılanmaktadır.

1980 Anayasasının kurduğu bu Anayasa Mahkemesinin ilk üyelerinin hepsi askerî cunta ve Pinochet tarafından atanmıştı. Doğal olarak Mahkeme, demokrasiye dönüşün başladığı 1989'a kadar cuntanın (yasama) ve Pinochet hükümetinin (yürütme) kararlarını onaylayan bir 'noter makamı' olarak görülmüştür. Birkaç istisna hariç, Mahkemenin kararları askerî cuntanın görüşlerine aykırı değildi⁶³. Öte yandan 2005 yılındaki reforma kadar, Mahkemenin üye kompozisyonu özellikle Yüksek Mahkeme'den gelen üç üyenin Anayasa Mahkemesindeki görevleriyle aynı zamanda Yüksek Mahkemede görev yapmaları dolayısıyla yargı bağımsızlığına gölge düşürdüğü gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶⁴. Keza demokrasiye geçişten sonra Mahkemenin üye kompozisyonuna bakıldığında Mahkeme üyeliğine, 2005'teki değişiklikten önce, çoğunlukla eski Yüksek Mahkeme üyelerinin atanması dolayısıyla da Mahkemede çoğunluk hep Yüksek Mahkeme mensuplarına ait olmuştur⁶⁵. Yüksek Mahkemeden gelen bu üyeler ise gerek eğitimleri gerekse de hukuk kültürleri gereği, siyasal iktidar karşısında bireylerin haklarını koruma altına almaktan ziyade

62 CARROLL / TIEDE, s. 859.

63 NAVIA, s. 27.

64 FRIEDLER, s. 334.

65 CARROLL / TIEDE, s. 862. Gerçekten de Mahkemenin 1990-2010 yılları arasındaki üye kompozisyonu incelendiğine görülmektedir ki, 2005 reformundan önce Mahkemeye atanan 19 üyeden 13'ü Yüksek Mahkeme geçmişi sahiptir. CARROLL/ TIEDE, s. 865.



kendi fonksiyonlarını sadece devlet organlarının eylem ve işlemlerinin kanuna uygunluğu ile sınırlayıp yasama ve yürütme organları karşısında itaatkâr bir eğilim içinde olan olağan yargı organı mensuplarının alışkanlıklarının Mahkemede baskın olmasına ve Mahkemenin temel hak ve hürriyetlerin koruyucu olmaktansa rejimin bekasını gözetleyen bir organ hâline gelmesine yol açmıştır⁶⁶.

Anayasa Mahkemesi, demokrasiye geçişten önce anayasaya aykırı kanunları iptal etmeye yetkili ve anayasal özerkliğe sahip bir anayasal organ olarak askerî rejim tarafından inşa edilen kurumsal mimarının demokrasiye dönüldükten sonra da korunması amacıyla kurulmuştu. Ancak Mahkeme, atanmış senatörler ve sadece parlamentonun nitelikli çoğunluğu tarafından yapılabilen, değiştirilebilen veya yürürlükten kaldırılabilen özel nitelikte yasama işlemleri (organik kanunlar) gibi darbecilerin kurduğu rejimin çökmesini engellemek için tasarlanmış kurumlardan yalnızca biriydi. Dolayısıyla 1980 Anayasasının yapıcılar tarafından Mahkemenin otoriter rejimin bıraktığı hükümet sistemini ya da bireylerin temel haklarını özellikle de anayasanın açıkça koruma altına aldığı ve kurduğu rejimin temel değeri olan özel mülkiyeti hakkını- ihlal eden kanun tasarılarını aktivist bir şekilde iptal etmesi beklenmiştir. Diğer bir ifadeyle ikinci dönem Anayasa Mahkemesi kurulurken, ileride kaçınılmaz olarak 'demokrasiye dönüş' gerçekleştiğinde anayasayı yapanların tasarladığı otoriter düzenin (korunmuş demokrasinin) bekçiliğini yapması öngörülmüştür⁶⁷.

1980 Anayasasını yapan kurucu iktidarın beklentisi, demokrasiye geçişin ardından görev alacak Anayasa Mahkemesi üyelerinin hukuk kültürlerinde bir değişme olmaması ve sadece anayasanın lafzına bağlı kalarak anayasayı katı pozitivist bir anlayışla yorumlamalarıydı. Diğer bir ifadeyle, anayasanın sözünün mekanik bir şekilde uygulanmasının, onu yorumlayanları (yani Anayasa Mahkemesi üyelerini) kontrol altında tutmak için yeterli olacağı öngörülmüştü. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin demokrasiye geçiş/dönüş dönemindeki rolü önceki rejimin kurucularının beklentilerinden oldukça farklı bir yönde olmuştur. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi, kurucu iktidarın otoriter rejimin kurduğu yapıya aykırı her düzenlemeyi iptal eden aktivist bir mahkeme olması beklentisinin aksine, Mahkeme yasama organına karşı büyük ölçüde pasif ve itaatkâr bir tutum sergilemiştir. Zira bu dönemde hâkimler, kamu gücünün kullanımının anayasal sınırlarının uygulanmasına çok az eğilim göstermişler ve yasama

66 COUSO, *The Politics of...*, s. 86 - 87.

67 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1532 - 1533; COUSO, *The Politics of...*, s. 80.



işlemlerini denetlemekte isteksiz olmuşlardır⁶⁸. Dolayısıyla Mahkemenin demokrasiye dönüşün ilk on beş yılındaki yargısal denetim performansı, birkaç istisna hariç kişi hak ve özgürlüklerini yasama ve yürütme organları karşısında korumak bakımından genel olarak hayal kırıklığı yaratmıştır⁶⁹.

C. 2005 ANAYASA REFORMU VE ÜÇÜNCÜ DÖNEM (“YENİ”) ANAYASA MAHKEMESİ (2005-Günümüz)

Demokratik yönetimlerin on beş yıllık taleplerinin ardından 2005 yılında otoriter rejimin siyasi mirasçıları, nihayet 1980 Anayasasında geç kalınmış ama önemli değişiklikler yaptılar. Bu anayasa reformu ile özellikle parlamentodaki seçimle gelmeyen, atanmış senatörlerin varlığına son verilmesi ve devlet başkanının genelkurmay başkanından istifasını istemesini engelleyen anayasa kuralının kaldırılması gibi demokratikleşme için çok önemli değişiklikler yapılmıştır⁷⁰. Ancak 2005 anayasa reformu aynı zamanda yargı organında, özellikle Anayasa Mahkemesi’nde kurumsal ve fonksiyonel anlamda çok önemli değişiklikler getirmiştir: 1) Anayasa Mahkemesi’nin üye kompozisyonu, üye sayısı, üyelerin görev süresi ve atanma yöntemi değiştirilmiş ve 2) Anayasa Mahkemesinin görevleri arasına daha önce sahip olmadığı giderici ve somut denetim eklenerek anayasallık denetimi yetkisi genişletilmiştir⁷¹.

1. Mahkemenin Yeni Yapısı

Reform sonrası düzenlemeye göre Anayasa Mahkemesi on üyeden oluşur. Üyelerden üçü devlet başkanı tarafından atanır; iki üye doğrudan Senato tarafından üçte-iki çoğunlukla seçilir; iki üye Temsilciler Meclisinin üçte-iki çoğunlukla teklifi ve Senatonun aynı çoğunlukla onayı ile seçilir; üç üye ise Yüksek Mahkeme tarafından gizli oy ile seçilir. Üyeler en az on beş yıllık profesyonel hukukçu olmak zorundadırlar; üyelerin görev süresi dokuz yıldır; kural olarak tekrar seçilemezler; azledilemezler; 75 yaşını doldurduklarında görevleri sona erer. Mahkeme genel kurul veya iki bölüm hâlinde çalışır. Genel kurulda, toplantı yeter sayısı en az sekiz ve

68 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1533.

69 COUSO, *The Politics of...*, s. 87. Şunu gözden kaçırmamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi söz konusu yaşatmış olduğu hayal kırıklığının yanısıra, demokrasiye geçiş aşamasında vermiş olduğu önemli bir karar ile Cunta yönetiminin 8 yıl daha görevde kalmasını engellemiştir. Seçim Yargısı yasa taslağının, seçim yargısının 1980 anayasasında öngörülen 1988 referandumu sonrası kurulacak yeni hükümet göreve başladıktan sonra kurulmasına ilişkin hükmünü düzeltmiş; 1988 seçimlerinde, seçimlerin anayasaya uygunluğunu denetleyen bu organın faaliyet göstermesini sağlamış, dolayısıyla objektif ve denetlenen bir seçim ortamının oluşmasına katkıda bulunmuştur. FIGUEROA, s. 400.

70 COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1534.

71 CARROLL / TIEDE, s. 862; COUSO, *Models of Democracy...*, s. 1534.



bölmelerde en az dördttür. Aksine hüküm bulunmadığı sürece Mahkeme basit çoğunlukla karar alır⁷².

Bu yeni düzenlemelere göre Mahkeme üyelerinin %70'i doğrudan halk tarafından seçilen kişiler tarafından atanmaktadır. Böylelikle Mahkemenin bağımsızlığının tek bir siyasi aktörden etkilenmesi engellenmiştir. Mahkemenin bu yeni kompozisyonu farklı siyasi çıkarları temsil eden birden fazla atama organından geldiğinden, Mahkeme üzerinde siyasi güç kullanmak zorlaşacaktır. Keza Mahkemeye üye atayan her aktör, diğer aktörleri siyasi atamalar yapmaya kışkırtmaktan kaçınmak için kendi çıkarına çok sempatiyle bakan üyeler atamaktan sakınabilir. Dolayısıyla bu yeni yapının farklı tercihleri yansıtan üyeler ve farklı siyasi güçler arasında uzlaşma ortaya çıkarması muhtemeldir. Özetle, Mahkemenin yeni üye seçim mekanizmasında çıkarların çeşitliliği, teknokratik veya apolitik yapı olmaksızın onun kurumsal bağımsızlığını koruyabilir⁷³. Dolayısıyla Mahkemeye üye seçimlerinde seçilmiş siyasi aktörlerin rol almasıyla bir yandan bağımsızlık korunurken aynı zamanda atamalar üzerinde daha demokratik bir siyasi etki sağlanmıştır. Nitekim 2005 reformu esasında yepyeni bir Anayasa Mahkemesi yaratmıştır zira Mahkemenin on üyesinden sekizi ilk kez reformun ardından 2006 yılında atanmıştır. Reformun ardından atanan dokuz üyenin geçmişlerine bakıldığında profesör, içişleri bakanlığı müsteşarı, hukuk profesörü, eski senatör, eski üniversite rektörü, savunma bakanı, avukat, devlet başkanlığı genel sekreteri gibi görevlerden geldikleri görülmektedir⁷⁴. Dolayısıyla reform ile Mahkemenin kompozisyonundaki olağan yargı organının hâkimiyetine son verilmiş, daha çeşitli bir yapı oluşturulmuştur.

Bu değişikliğe ilişkin olarak şurası belirtilmelidir ki 2005 reformuna kadar, neredeyse Anayasa Mahkemesinin yarısı (yedi üyeden üçü), aynı zamanda Yüksek Mahkeme'de hâkim olan (yani her iki mahkemede de görev yapan) üyelerden oluşuyordu. Bunun sonucunda Mahkemede çoğunluk sürekli olarak olağan yargı organının geleneksel kültürüne gömülmüş, pasif eğilimli ve siyasi uyuşmazlıklarda isteksiz hâkimlerden oluşuyordu. Bu bağlamda, 2005 reformu ile olağan yargıdan gelen

72 1980 Şili Anayasası, m.92. Bu çalışmada kullanılan ve 2005 değişikliklerini içeren güncel (2012) Şili Anayasasının kaynağı şudur: TORRAS Anna I. Vellvé / STAINES Adela & RUCHTI Jefri J. (Çev.), *Political Constitution of the Republic of Chile, 1980, codified by Supreme Decree No. 100 of 17 September 2005, as amended by Law No. 20.573 of 6 March 2012*, HeinOnline World Constitutions Illustrated Library, 2012, (<http://heinonline.org>).

73 CARROLL / TIEDE, s. 863 - 864.

74 CARROLL / TIEDE, s.865.



hâkimlerin Mahkemededen tasfiyesi ve yerlerine akademik ve siyaset dünyalarından kişilerin atanması, Anayasa Mahkemesinin 2006'dan sonraki içtihadına ortaya koyduğu yeni ve daha aktivist eğilimlerin temel etkeni olmuştur. Öyle ki Mahkemenin yeni üyelerinin, kararlarında sergiledikleri daha iddialı yaklaşımlarıyla, artık siyasi güç kullanmaya alışkın hâle geldikleri belirtilmektedir⁷⁵.

2. Mahkemenin Yeni Denetim Yetkisi

Reformun getirdiği ikinci önemli değişiklik ise Anayasa Mahkemesinin yetkilerine daha önce var olmayan somut denetimin eklenmesidir. Buna göre daha önce anayasaya göre Yüksek Mahkemeye ait olan yürürlükteki kanunlar üzerinde somut ve giderici denetim yoluyla anayasa aykırı oldukları için 'uygulanmazlık emri' (*writ of non-applicability* [*recurso de inaplicabilidad*]) verme yetkisi 2005 reformu ile Anayasa Mahkemesine aktarılmıştır.⁷⁶ Reform ile değiştirilmiş Anayasa m.93/6'ya göre Anayasa Mahkemesi '*toplantıda hazır bulunan üyelerinin çoğunluğunun kararıyla olağan ya da özel bir mahkemede alınan her türlü tedbirde kullanılan ve anayasaya aykırı sonuçlar doğuran bir hukuk kuralının uygulanamaz olduğuna karar vermek*' ve m.93/7'ye göre '*toplantıya katılan üyelerin beşte dört çoğunluğuyla bir önceki fıkraya göre uygulanamaz bulunan bir hukuk kuralının anayasaya aykırılığı hakkında karar vermek*' yetkisine sahiptir. Uygulanmazlık kararında, uyuşmazlık davanın tarafları ya da davaya bakan hâkim tarafından ileri sürülebilir. Bir hukuk kuralının uygulanamaz olduğunu karar verildiğinde ise Mahkemededen anayasaya aykırılık hakkında karar vermesini talep eden bir kamu davası açılacaktır.

Şili'de 2005 anayasa reformunun ikinci önemli öncülü olan 'uygulanmazlık başvurusu (*recurso de inaplicabilidad*)' inceleme yetkisinin Yüksek Mahkemededen alınarak Anayasa Mahkemesi'ne transfer edilmesi, Mahkemenin tarihinde ilk kez somut denetim yoluyla gerçek davalar ve uyuşmazlıklar hakkında karar vermesine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla bu anayasal değişikliğin Mahkemenin işleyişi açısından önemi yadsınamaz.

75 COUSO Javier / HILBINK Lisa, 'From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile', içinde **Courts in Latin America**, Gretchen Helmke & Julio Ríos-Figueroa (Ed.), Cambridge University Press, 2011, ss. 99 – 127, s. 110.

76 Böylece hem önleyici hem bastırıcı - düzeltici denetim Anayasa Mahkemesinin bünyesinde birleşmiştir. 1979 - 1984 yılları arası İspanya modeli ya da Portekiz modeli örnek olarak gösterilebilir. Bu örnekleme sadece anayasa mahkemesi için geçerli olup, genel sistem için karma yapıdadır denilebilir. ONAR Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003, s. 138 – 139.



Bir defa, bu değişiklik ile Mahkemenin iş yükü dramatik bir biçimde artmıştır. Reformdan önce Mahkeme soyut denetim yoluyla yılda 30–35 karar verirken; reform sonrası 2006–2008 döneminde bu rakam neredeyse on katına çıkmış ve çoğu somut denetim davası (*recurso de inaplicabilidad*) olan yılda ortalama 300 karara ulaşmıştır. Öte yandan bu değişikliğin önemli bir sonucu da 2005 öncesi Mahkeme üyelerinin çoğu yarı zamanlı olarak görev yaparken, Mahkeme artık üyeler için tam zamanlı bir iş hâline gelmiştir. Keza Mahkemeye aktarılan bu yeni yetki, artık tam zamanlı görev yapan üyeleri daha aktivist bir duruşa da teşvik etmiştir. Bir yandan da reform, daha önce sadece devlet elitlerine ait olan bir kanun yolunu halkın da kullanmasını sağlamış, bu da Mahkemenin halk tarafından daha çok gözle görülebilir olmasına yardımcı olmuş ve Mahkemenin artan ulaşılabilirliği ve görünürlüğü vatandaş ile Mahkeme arasındaki bağı güçlendirmiştir⁷⁷.

Diğer yandan 2005 reformu her seviyedeki olağan yargı için önlerindeki bir davaya ilişkin bir kanunun anayasaya aykırılığını ileri sürmek bakımından yepyeni bir imkân yaratmıştır. Zira reform öncesi sadece davanın taraflarının talebi üzerine ya da Yüksek Mahkeme tarafından resen uygulanmazlık iddiası inceleyilirken, reform ile birlikte olağan yargı içindeki artık her yargıç uygulayacağı bir kanunun anayasaya aykırı olduğunu düşünüyorsa bunun için Anayasa Mahkemesine doğrudan başvurabilir. Bu bakımdan sistemin en altındaki bir yargıcın bile tek başına anayasaya aykırılık denetimini harekete geçirebilmesi oldukça önemli bir gelişmedir⁷⁸.

Kuşkusuz Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin bu şekilde genişletilmesi Şili'de anayasa yargısının pekişmesi için oldukça önemli bir aşama olmuştur. Zira Anayasa Mahkemesi bu yeni yetkisi sayesinde artık hükümetle sürekli karşı karşıya gelmeden yargı yetkisini kullanabilir ve politika yapımını etkileyebilir⁷⁹.

3. Yeni Anayasa Mahkemesi'nin Yargısal Tutumu

Son birkaç yılda Şili Anayasa Mahkemesi, açık bir şekilde ülkenin siyasal sisteminde oynadığı pasif rolü bırakıp, aktivist bir rol üstlenmiştir.

77 COUSO / HILBINK, s. 111.

78 COUSO / HILBINK, s. 111. Nitekim 2005 reformundan sonraki ilk üç yıl boyunca Anayasa Mahkemesi'ne olağan yargıçlar tarafından seksen sekiz (88) *recurso de inaplicabilidad* başvurusu yapılmıştır. Bunlardan on üçü (13) temel hak ve hürriyetlere ilişkin, geri kalanı ise vergi kanunundan kaynaklanan başvurulardı. Temel haklara ilişkin on üç başvurunun on biri (11) ise yeni ceza yargısı sistemindeki alt derece yargıçlarından gelmiştir. COUSO / HILBINK, s. 116.

79 COUSO / HILBINK, s. 116.



Mahkemenin itaatten aktivizme giden bu etkileyici değişimi 2005 anayasa reformuyla birlikte başlamıştır. Bu reformun getirdiği ve yukarıda açıklanan kurumsal değişim, daha aktivist ve siyaseten daha etkili bir Mahkemeye yol açmıştır. Gerçekten de reform sonrası 2006–2009 döneminde, Anayasa Mahkemesi kendi yetkilerini genişletici bir şekilde yorumlamış; kararlarında uluslararası insan hakları hukuku ve karşılaştırmalı yargı içtihatlarına başvurmuş ve şekilci anayasa yorumunu terk etmiş ve anayasanın hak temelli yorumunu benimseyerek temel hak ve hürriyetleri genişleten aktivist kararlar vermiştir⁸⁰. Mahkemenin bu dönemdeki yargısal tutumuna ilişkin örnekler şöyle sıralanabilir:

İlk olarak Mahkeme reformun hemen sonrasında kendi yetkilerine ilişkin çok önemli bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, 2006 yılında verdiği bir karar ile reform ile birlikte kendi yetkisine verilen, uygulanmazlık başvurusu (*recurso de incapacidad*)` davalarını, bu davlarla ilgili kanuni düzenleme -Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşu ve yargılama usullü hakkında kanun (*Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional*⁸¹)- henüz yapılmamış olsa da inceleyeceğine karar vermiştir. Bu beklenmeyen davranışın önemi olağan yargı organlarının ve Anayasa Mahkemesinin daha önce kendi yetkilerini ve ayrıcalıklarının çok sınırlı ve şekilci bir anlayışla geleneksel olarak kullandığı bir ülke için hiç küçümsenemez. Zira kararın verildiği tarih (2006 ortası) ile ilgili kanunun çıktığı tarih (2009 ortası) arasında *uygulanmazlık başvurusu* Mahkemenin esas işi hâline gelmiştir. Keza 2009 tarihinde verdiği bir kararda da Mahkeme, yukarıda bahsedilen Anayasa Mahkemesinin kuruluşu ve yargılama usulünü düzenleyen kanunun, Mahkemenin hâlihazırda yürürlükte olan uluslararası antlaşmaları denetlemesini engelleyen hükmünü anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Dolayısıyla bu iki karardan açıkça anlaşılabilceği gibi Mahkeme, 2005 reformuyla birlikte reform öncesi davranışlarının aksine kendi yetkilerini savunmaktan geri kalmayan bir tavır içinde girmiştir⁸².

İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, bireylerin sosyal, ekonomik ve kültürel haklarını korumaya yönelik artan iradesini ve iddialı tutumunu, özel sağlık hizmetleri sistemine ilişkin düzenlemelerin bir kısmının anayasa aykırılığı hakkında yapılan bir dizi *uygulanmazlık başvurusunda* 2008 yılında verdiği bir kararla ortaya koymuştur. Mahkeme dava konusu düzenlemeleri sağlık hizmeti hakkının sözleşme özgürlüğü üzerinde

80 COUSO / HILBINK, s. 117.

81 Law No. 17997, The Constitutional Organic Law on The Constitutional Court. Bu kanunun İngilizce metnine Venedik Komisyonun CODICES veritabanından ulaşılabilir (<http://www.codices.coe.int>).

82 Bkz. Con. Trib. D. 1288 – 25.08.2009. COUSO / HILBINK, s. 117 - 118.



önceliği bulunduğu gerekçesiyle anayasa aykırı bulmuştur. Ayrıca bu davalarda Mahkeme ilk kez 'BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi' ve 'Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nde tanınan hakların Şili anayasal sisteminin bir parçası olduğunu teyit etmiştir. Keza yine 2009 yılında verdiği bir kararda da Mahkeme, aynı uluslararası sözleşmelere atıfta bulunmuş ve her ne kadar 'kimlik hakkı (*right to identity*)' Şili Anayasasında açıkça yer almasa da bununla birlikte Şili'nin taraf olduğu söz konusu uluslararası sözleşmelerde tanınan bu hakkın, Şili anayasal sisteminin ayrılmaz bir parçası olduğu gerekçesiyle kimlik hakkına saygı duymayan Şili Medeni Kanununun 206'ncı maddesini anayasaya aykırı bulmuştur. Böylece bu kararlar ile uluslararası insan hakları hukukunda tanınan fakat 1980 Şili Anayasasında yer almayan hakların Şili hukukuna ithal edilmesinin kapıları açılarak Mahkemenin uygulayacağı normatif kaynaklar arttırılmıştır⁸³.

Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi, 2008 yılında kendisine yapılan bir 'ihtiyari denetim başvurusu (*requerimientos*)' üzerine⁸⁴ verdiği çok kritik bir soyut denetim kararında ise sergilediği aktif duruş ile açıkça hükümetle çarpışmıştır. Mahkeme, maddi durumu yetersiz kadınlara doğum kontrolünde kullanılan 'ertesi gün hapının' (*morning-afterpill*) bedava dağıtılmasına ilişkin bir hükümet kararnamesini, bu uygulamanın kürtaj olduğu ve 1980 Anayasasına göre kürtajın anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Bu karar ile Mahkeme, demokrasiye dönüşün ardından ilk kez hayli anlaşmazlık çıkaran bir meselenin özüne (ilacın kürtaj niteliği) ilişkin karar vererek, hararetle bir ulusal tartışmaya girmiştir. Karar büyük yankı uyandırmış, hatta Şili'nin tarihinde bir yargı kararına karşı yapılan ve çoğu kadınlardan oluşan binlerce kişinin katıldığı büyük halk protestolarına sebep olmuştur. Kararın etkisi o kadar güçlü olmuştur ki, 2005 reformuna destek veren bazı parlamenterler bile Mahkemenin bu kararına oldukça şaşırmış, hatta bir kaç kişinin bu derece hayati bir konuda karar almasının kabul edilemez olduğunu beyan etmişlerdir⁸⁵.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi'nin reformdan sonra verdiği bu kararlardan da anlaşılabilceği gibi, geçmişte önüne gelen siyasi payı yüksek davalarda, karar vermemeye karar verme' eğiliminde olan

83 Bkz. Con. Trib. D. 976 - 26.05.2008. COUSO / HILBINK, s. 118 - 119. Diğer yandan Mahkeme 2010 yılında verdiği bir kararda (Karar no. 567) ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, İspanya Anayasa Mahkemesi ve Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına atıfta bulunarak yabancı içtihatlarla da başvurmuştur. COUSO / HILBINK, s. 120, (dipnot 39).

84 CARROLL / TIEDE, s. 859, (dipnot 5).

85 COUSO / HILBINK, s. 120.



Mahkeme, şimdi daha önce benzeri görülmemiş biçimde müdahale etme ve çoğunlukla kamuoyu ile çelişen ya da hükümetin politika tercihlerine aykırı kararlar verme eğilimi göstermektedir. Dahası, 2005 anayasa reformundan beri Mahkeme sıklıkla uluslararası insan hakları hukukuna başvurarak temel hak ve hürriyetleri genişleten bir eğilim sergilemiştir⁸⁶.

IV. KORUMA BAŞVURUSU (RECURSO DE PROTECCIÓN)

Şili'de Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan kanunların anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi gibi, 1980 Anayasasının kurduğu yeni düzeni demokrasiye dönüşün ardından korumak için kurulan bir diğer anayasal yargı denetimi mekanizması da olağan yüksek yargı organlarıncaya yerine getirilen koruma başvurusudur (*recurso de protección*). Koruma başvurusu, anayasal hakları ihlal edilen kişilerin doğrudan temyiz mahkemelerine başvurarak devlet ya da insan hakları ihlalinde bulunan herhangi bir fail aleyhine dava açması demektir⁸⁷. Dolayısıyla bu başvuru, yürürlükte olan kanunların veya kararnamelerin anayasaya uygunluğunun somut denetimi anlamına gelmektedir.

Anayasa hukuku literatüründe *bireysel başvuru* ya da *anayasa şikâyeti* olarak bilinen ve pek çok Latin Amerika ülkesinde de bulunan bu kurum, Şili hukukuna ilk kez 1980 Anayasası ile girmiştir. Anayasanın 20'inci maddesine göre keyfi veya hukuka aykırı eylemler ya da ihmal neticesinde Anayasanın 19'uncu maddesinde sayılan temel haklarını meşru bir şekilde kullanmaktan mahrum bırakılan veya bu hakları taciz ya da tehdide uğrayan kişi, bizzat kendisi ya da kendisi adında üçüncü bir kişi vasıtasıyla ilgili Temyiz Mahkemesine (*Court of Appeal*) başvurabilir ve Temyiz Mahkemesi derhal başvuran kişinin korunması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için gerekli olan tedbirleri alır⁸. Diğer yandan Anayasanın 21'inci maddesine göre de 'anayasa veya kanunlara aykırı olarak gözaltına alınan, tutuklanan ya da hapsedilen her kişi, kendisi veya üçüncü bir kişi vasıtasıyla kanunla belirlenen mahkemeye başvurarak ilgili mahkemenin hukuki formalitelere uyulması ve hukukun üstünlüğünün sağlanıp başvuran kişinin korunması için gerekli tedbirlerin almasını talep edebilir⁹.

Anayasanın 19'uncu maddesi kişi haklarını, siyasi ve sosyal hakları düzenlemektedir. Bununla birlikte 20'nci madde hangi hakların koruma

86 COUSO / HILBINK, s. 121.

87 COUSO Javier, 'The Judicialization of Politics: The Rights Revolution That Never Was', içinde **The Judicialization of Politics in Latin America**, Rachel Sieder, Line Scjolden & Alan Angell (Ed.), Palgrave Macmillan, 2005, ss. 105 - 129, s. 109, 126 (son not 30). ('The Judicialization of⁹')



başvurusuna konu olabileceğini açıkça saymıştır. Buna göre koruma başvurusu kişi haklarını ve siyasi hakları kapsarken, sosyal hakları kapsamamaktadır. Diğer yandan koruma başvurusunda karar verme yetkisi hem ülkede farklı bölgelerde bulunan (en büyüğü başkent Santiago'da) Temyiz Mahkemeleri ve hem de kural olarak bunların kararlarını temyiz mercii olan Yüksek Mahkeme'ye aittir.

Başlangıçta Şilili hukukçular ve uygulayıcılar tarafından, Şili yüksek mahkemelerinin bu denetim yolunu anayasal hakları güvence altına almak için aktif bir şekilde kullanacağı düşünülmüş ancak demokratik yönetim altındaki uygulama maalesef bu yönde olmamıştır⁸⁸. Genel olarak söylemek gerekirse kişi hak ve özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi için olağan yargı organlarına sunulan bu anayasal denetim fırsatı, Şili'deki yüksek mahkemeler tarafından aktif bir şekilde kullanılmamıştır. Özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda mahkemeler kendinden emin bir şekilde kişi haklarını yürütme ve yasama organlarına kaşı korumakta başarılı olamamıştır. Bu konuda yapılmış değerli bir çalışmada verilen dava örnekleri incelendiğinde⁸⁹ görülmektedir ki Şili mahkemelerinin ifade özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı alanlarındaki bireysel başvurulara ilişkin tepkisi hiç tatmin edici değildir. Otoriter rejim sona erdikten sonra dahi olağan mahkemeler temel hakların ihlali karşısında gözle görülür bir şekilde pasif kalmıştır. Diğer bir ifadeyle demokrasiye dönüşün ardından Şili mahkemeleri değil yeni haklar yaratmak, var olan hakları bile genişletememiştir⁹⁰.

Demokrasiye dönüşün ardından 1990–2003 döneminde verilen beş binin üzerinde *koruma başvurusu* kararı üzerinde yapılan bir analiz, bu mekanizmanın hakları koruyucu bir kanun yolu olarak ne kadar zayıf işlediğini göstermiştir. Söz konusu içtihat analizine göre mahkemeler dava konusu eylemin anayasaya uygunluğu üzerinde nadiren durmuş ve fakat çoğunlukla kanuna uygun olup olmadığını çözmekle yetinmişlerdir. Hem Temyiz Mahkemeleri (*Courts of Appeal*) hem de Yüksek Mahkeme (*Supreme Court*) düzeyinde, hâkimler anayasal hakların erişimini ya da sınırını sağlamak için çok az çaba sarf etmişler; anayasal analize giriştikleri az sayıda davada ise gerekçeleri ne istikrarlı ne de tutarlı olmamıştır. Öyle ki bir yazara göre bu Şili mahkemelerinin özellikle sosyal haklarla ilişkin taleplerde ortaya koyduğu içtihat, mahkemelerin insan haklarının

88 COUSO, The Judicialization of<, s. 126, (son not 30).

89 Bkz. COUSO, The Judicialization of<, s. 117 - 121.

90 COUSO, The Judicialization of<, s. 121.



müttefikî değil düşmanı olduğu algısının desteklemektedir⁹¹. Gerçekten de vücut bütünlüğü, özgürlük ve uygun usul (*due process*) gibi en temel hakları ilgilendiren davalarda verilen kararların niteliği bu eleştiriyi doğrulamaktadır. Zira 1990–2000 yılları arasında Santiago Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme, polis ve dedektif bürolarına karşı açılan *recurso de protección* davalarının sadece %3'ünde başvuran lehine karar vermiştir⁹².

Sonuç olarak, koruma başvurusunun (*recurso de protección*), Şili anayasal sistemi içinde gerçekten etkili bir yargı denetimi sağladığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu ise, genel olarak Şili'de var olan hukuk kültürü ve uygulanan hukuk eğitimi dolayısıyla olağan yargıda görev alan yargıçların çoğunluğunun, yargının 'siyasi' konularla ilgilenmemesi gerektiği yönündeki Şili yargı organına hâkim olan geleneksel nosyonu takip etmesinden kaynaklanmaktadır. Şili'deki olağan mahkemeler sanki anayasa hukuku 'gerçek' bir hukuk değilmiş gibi çalışmış, idari eylemin 'kanuniliğini (*legality*)' denetlemekle yetinip, bir kanunun 'anayasaya uygunluğunu (*constitutionality*)' denetleme iradesini neredeyse hiç göstermeyerek mütemediyen kanuna riayet etmişlerdir⁹³. Yani olağan Şili yargıçları, koruma başvurusuna ilişkin denetim yetkilerini dar bir yorumla sadece kanuna uygunlukla sınırlı tutmuş, anayasaya uygunluğu denetlemeyi kendi görevleri arasında görmemişlerdir.

SONUÇ

Uzunca bir anayasacılık geçmişine sahip olan Şili'de anayasa yargısı, bu süreçte siyasal sistem içerisinde epey mesafe kat etmiştir. Başlangıçta Kıta Avrupa'sında egemen olan Fransız anayasa geleneğinin etkisiyle anayasallık denetimi, 'siyasi' bir iş olarak görülmüş ve gerçek bir yargısal denetimden ziyade, sistemin işleyişinde yasama ve yürütme arasında dengeleyici bir mekanizma olarak tasarlanmıştır. Nitekim uzunca bir süre de bu niteliğine uygun seyretmiştir. Kurumsal anlamda ilk kez 1925 Anayasasıyla açıkça kabul edilen anayasaya uygunluk denetimi bu dönemde siyasal sistemde çok sınırlı bir işlev görmüş ve iktidarın hukukla sınırlandırılmasına gerçek anlamda hizmet edememiştir. 1970 yılında merkezileşmiş (Avrupa modeli) bir *Anayasa Mahkemesi*'nin kurulmasıyla birlikte anayasallık denetimi farklı bir boyut kazanmış, ancak demokrasinin kesintiye uğratan askerî dikta rejimi ile birlikte

91 PARMO, s. 37.

92 COUSO / HILBINK, s. 114.

93 COUSO, *The Judicialization of*, s. 122 - 123.



ortadan kalkmıştır. Otoriter rejimin ürünü olan 1980 Anayasası ile birlikte yeniden kurulan Anayasa Mahkemesi ile anayasa yargısı yeniden Şili hukuk sisteminin bir parçası hâline gelmiştir. Ancak bu sefer de Mahkeme kendisini kuranların beklentilerini karşılamamış ve pasif bir kurum olarak kalmıştır. Demokrasiye dönüş ile birlikte daha kritik bir rol üstlenmesi beklenen Mahkeme maalesef son yıllara dek, yasama ve yürütmenin işlemlerine riayet etmeyi tercih etmiş ve anayasa uygunluk denetiminden imtina etmiştir.

Ancak 2005 yılında gerçekleştirilen anayasal reformla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin üye yapısı, üyelerinin seçim yöntemi ve yetkileri üzerinde yapılan değişiklikler Mahkemenin üstlendiği fonksiyonda beklenmeyen bir değişim yaratmıştır. Reformun ardından artık Şili'de karma bir anayasa yargısı sisteminin bulunduğunu söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira sistemdeki iki başlılık, somut denetim yetkisinin (*recurso de inaplicabilidad*) Anayasa Mahkemesi'ne aktarılmasıyla birlikte aslında büyük ölçüde son bulmuştur. Artık Anayasa Mahkemesi dışında anayasaya uygunluk denetimi yapma yetkisi 'koruma başvuruları (*recurso de protección*)' hakkında karar veren üst derece mahkemelerine aittir. Ancak bu denetim de işlevselliğini yitirmiştir.

Şili Anayasa Mahkemesi siyasi makamların etkisinin arttığı yeni üye yapısı ve somut denetim yetkisi ile birlikte son yıllarda giderek artan bir şekilde temel hak ve hürriyetleri koruma yönünde bir aktivizm içine girmiştir.⁹⁴ Dolayısıyla nihai tahlilde Şili'nin demokrasiye dönüşten beri, en kritik dönemlerden birini geçirdiği söylenebilir. Zira ilerleyen yıllarda Anayasa Mahkemesinin bu olumlu eğilimini sürdürmesi ve istikrarlı ve tutarlı bir anayasal güvence organı hâline gelmesi, Şili'de demokrasiye dönüşün gerçek manada tamamlanabilmesine katkı sağlayacaktır.

94 Son zamanlarda hak kategorisini genişleten ve hakları koruma temelli yaklaşımlar sunan mahkeme, iç hukuk dışında temel insan hakları belgeleri ve yabancı mahkeme kararlarına yaptığı atıflarla vizyonunu genişletmiş ve 'yeni anayasacılık' dediğimiz darbe sonrası Güney Amerika ülkelerinin akımına katılmıştır. COUSO / HILBINK, s. 119 – 120.



KAYNAKLAR

AKYÜZ Serra, 'Anayasa referandumlarının demokratik meşruiyet kriterleri: Türkiye ve Şili deneyimleri', **Toplum ve Bilim**, Sayı 124, 2012, ss. 85 – 102.

CARROLL Royce / TIEDE Lydia, 'Judicial Behavior on the Chilean Constitutional Tribunal', **Journal of Empirical Legal Studies**, Cilt 8, Sayı 4, 2011, ss. 856 – 877.

COUSO Javier - Hilbink, Lisa, 'From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile', içinde **Courts in Latin America**, Gretchen Helmke& Julio Ríos-Figueroa (Ed.), Cambridge University Press, 2011, ss. 99 – 127.

COUSO Javier, 'Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970– 2010', **Texas Law Review**, Cilt 89, Sayı 7, Haziran 2011, ss. 1517 – 1536. ('Models of Democracy...')

COUSO Javier, 'The Judicialization of Politics: The Rights Revolution That Never Was', içinde **The Judicialization of Politics in Latin America**, Rachel Sieder, Line Scjolden& Alan Angell (Ed.), Palgrave Macmillan, 2005, ss. 105 - 129. ('The Judicialization of<')

COUSO Javier, 'The Politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition 1990–2002', **Democratization**, Cilt 10, Sayı 4, 2003, ss. 70 – 91. ('The Politics of...')

FIGUEROA Dante, 'Constitutional Review in Chile Revisited: A Revolution in the Making', **Duquesne Law Review**, Vol. 51, Spring 2013, s. 393.

FRIEDLER Edith Z., 'Judicial Review in Chile', **Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas**, Cilt 7, 2000, ss.321-347.

FROSINI Justin O. / PEGORARO Lucio, 'Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification' içinde **Constitutional Courts: A Comparative Study**, Andrew Harding / Peter Leyland (ed.), Wildly, Simmons & Hill Publishing, London, 2009, ss. 345 – 376.

FUENTES Claudio A., 'A Matter of the Few: Dynamics of Constitutional Change in Chile: 1990–2010', **Texas Law Review**, Vol. 89, 2011 – 2012.

HEISS Claudia / NAVIA Patricio, 'You Win Some, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy', **Latin American Politics and Society**, Vol. 49, 2, 2007.



KÜRKÇÜGİL Masis (Der.), **Latin Amerika'nın Kaynayan Damarları**, İthaki Yayınları, İstanbul, 2004.

NAVIA Patricio, 'The History of Constitutional Adjudication in Chile and the State of Constitutional Adjudication in South America', **Asian Journal of Latin American Studies**, Cilt 2, 1999, ss. 1 - 39.

ONAR Erdal, **Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Siyasal ve Yargısal Denetimi ve Yargısal Denetim Alanında Ülkemizde Öncüler**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2003.

PARMO Domingo Lovera, 'Implosive Courts, Law, and Social Transformation: The Chilean Case', **Cambridge Student Law Review**, Cilt 3, 2007, ss. 30 – 43.

SCRIBNER Druscilla L., 'The Judicialization of (Separation of Powers) Politics: Lessons from Chile', **Journal of Politics in Latin America**, Vol. 2, 3, 2010.

WILSON Richard J., 'Reflections on Judicial Review in Latin America', **Southwestern Journal of Law & Trade in The Americas**, Vol. 7, 2000.

İnternet Kaynakları

English translation of the Constitution of 1925, as amended to 1971, Belge Kaynağı: Pan American Union / OAS [tarihsiz], HeinOnline (<http://heinonline.org>) (15 Nisan 2012).

TORRAS Anna I. Vellvé / STAINES Adela & RUCHTI Jefri J. (Çev.), 'Political Constitution of the Republic of Chile, 1980, codified by Supreme Decree No. 100 of 17 September 2005, as amended by Law No. 20.573 of 6 March 2012', HeinOnline World Constitutions Illustrated Library, 2012, (<http://heinonline.org>).

Law No. 17997, The Constitutional Organic Law on The Constitutional Court, <http://www.codices.coe.int>, (Erişim: 12.04.2013).

<https://www2.istanbul.edu.tr/?p=14270>, (Erişim: Haziran 2013).

<http://www.economist.com/node/21552566>, (Erişim: 12.04.2013).

<http://en.wikipedia.org/wiki/Chile>;

http://en.wikipedia.org/wiki/Government_of_Chile; http://en.wikipedia.org/wiki/President_of_Chile; <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eili>; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Constitution_of_1925; <http://countrystudies.us/chile/85.htm> ; http://en.wikipedia.org/wiki/Chilean_Civil_War (Erişim: Mart Nisan 2012).