

# Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu

**Prof. Dr. Mustafa KOÇAK \***

## GİRİŞ

Anayasa Mahkemesinin sempozyum başlığında, “evrensel barış” ve “medeniyetler buluşması” terimlerine yer verilmiştir. Bu terimler, ünlü Amerikalı siyaset bilimci Samuel Huntington’un “The Clash of Civilization” (*Medeniyetler Çatışması*) tezinin antitezini çağrıştırmaktadır<sup>1</sup>. Başlıkta yer alan terimlerle medeniyetlerin çatışmaması, buluşarak evrensel barışın kapısını aralamaları temenni edilmektedir. Buluşmanın yaşama geçirilmesinde Anayasa Mahkemelerinin de rolleri olduğu bir başka varsayımdır.

*"Buluşma", sözlüklerde "buluşma eylemi" veya "aynı görüş veya duyguya varma" olarak açıklanmaktadır. Buluşmak ise "birbirini bulmak, bir araya gelmek, rastlaşmak; aynı görüşe varmak, aynı duyguyu paylaşmak"<sup>2</sup> biçiminde karşılık bulmaktadır.*

---

\* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

<sup>1</sup> Samuel Huntington'un tezine göre günümüz dünyası aşağıdaki biçimde başlıca şu medeniyetlere ayrılmaktadır: Batı Medeniyeti, Ortodoks Hıristiyan Medeniyeti, Latin Amerika, İslam Medeniyeti, Hindu Medeniyeti, Sinik Medeniyeti, Japon Medeniyeti, Aşağı Sahra Afrika Medeniyeti, Budist Medeniyeti, Türkiye bu sınıflamada Haiti ve Etiyopya ile birlikte "Lone" (Yalnız) veya tek olan ülkeler arasında. İsrail ise kendine özgü medeniyeti bulunan bir ülke kategorisinde yer alıyor. Ayrıca, bazı durumlarda Sinik, Hindu, Budist ve Japon Medeniyetleri, Doğu Dünyası olarak da adlandırılıyor. Geniş bilgi için bkz. Huntington, Samuel P., *The Clash of Civilization*, *Wikipedia The Free Ansiklopedia*,

[http://en.wikipedia.org/wiki/Clash\\_of\\_Civilizations#List\\_of\\_civilizations](http://en.wikipedia.org/wiki/Clash_of_Civilizations#List_of_civilizations) (09.04.2007).

<sup>2</sup> Bk. Haz. Pars Tuğlacı, *Okyanus 20. Yüzyıl Ansiklopedik Türkçe Sözlük*, C. I, Pars Yay., İstanbul 1971, s. 366.

Anayasaların ortak dili söz konusu olduğunda, farklı uygarlıkların buluşması mı Anayasaların “ortak dile” ulaşmalarını sağlıyor, yoksa anayasaların “ortak dili” mi uygarlıkları buluşturuyor(?) sorusu akla gelmektedir.

Sempozyumun alt başlıklarından biri “*anayasaların ortak bir dili var mıdır?*” konusunu tartışmaya açmıştır. Bu tebliğin amacı, “*Medeniyetler Buluşması Bağlamında Anayasaların Ortak Dili Sorunu*”nu analize çalışmaktır.

## I

Bu sorunun cevabının verilebilmesi için öncelikle anayasa ve anayasacılık hareketlerinin tarihsel gelişiminin kısaca hatırlanması yerinde olur. Anayasacılık geleneğinin eski Yunan’da (Atina) başladığı, aralıklarla ve düzensiz biçimde günümüze kadar bir seyir izlediği görüşü büyük ölçüde taraftar bulmaktadır.

Buna göre anayasacılık, “*siyasi hürriyet*” düşüncesini Yunan teorisinden<sup>3</sup>, temelinde Stoacılık bulunan “*insan hakları*” kavramını Roma Hukukçularından, “*sınırlama*” ve “*dengeler sistemi*”ni ve “*organları farklılaştırma*” (karma yönetim) düşüncesini keza Roma’dan almıştır<sup>4</sup>. Büyük kilise yazarları tarafından Roma’nın hukuk anlayışı ile geliştirilmiş (*canonic hukuk*) hatta belki de tamamen dönüştürülmüş olan “*doğal hukuk kuramı*” anayasacılık düşüncesine önemli katkı sağlamıştır.

Sonraki dönemlerde sınırsız özel mülkiyet haklarına dayanan parasal ekonominin doğuşu geleneksel toplulukların sosyal temellerini sarsmış ve “*statü hiyerarşisindeki konumlarıyla tanımlanan kişilerin yerine*” bağımsız bireyleri ortaya çıkarmıştır. Modern piyasalar, “*insan onuru*” için yeni tehditler yaratmış, böylece “*insan Hakları*”na ilişkin ihtiyaçlar ve talepler doğmuştur<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Bk. Flanz, Gisbert H., *XIX. Asır Avrupasında Anayasa Hareketleri Anayasacılık Hareketlerinin Mukayeseli Olarak İncelenmesine Giriş*, Çevirenler: Necat Erder, Şerif Mardin, Aydın Sinanoğlu, AÜSBF- New York University-Graduate School of Public Administration and Social Service, Ankara 1956, s.11.

<sup>4</sup> Bk. Flanz 1956, s. 11.

<sup>5</sup> Bk. Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Türkçesi Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995, s.12.

Anayasacılık, yukarıda kısaca özetlendiği gibi, Avrupa'da yeşeren modern devletlerin sebep olduğu iktidar yoğunlaşmasına karşı bir çare olarak geliştirilmiştir<sup>6</sup>. “Devlet iktidarının sınırlandırılmasının hukuksal belgesi” veya “devlet tüzel kişiliğinin statüsü” biçiminde içerik kazanan “Anayasa” XVIII. yüzyılda bu gelişimini tamamlamıştır<sup>7</sup>. Modern anlamda ilk anayasa, bilindiği üzere, 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasasıdır<sup>8</sup>. Amerikan anayasacılığı, daha sonraki yıllarda kabul edilen diğer anayasalar ve anayasal kurumlar üzerinde büyük izler bırakmıştır<sup>9</sup>.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında gerçekleşen önemli bir şey daha vardır: O da sadece ABD ve Batı Avrupa coğrafyasında değil, dünyanın geri kalanında yapılan anayasalar açısından da “liberal

<sup>6</sup> Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2004, s. 34. Modern devlet, “hem özerk bir toplumsal aktör” ve hem de “güçlenen burjuvazinin bir aracı olarak” insan yaşamının tüm alanlarını kuşatmıştır. Bu yeni süreç, “hızla artan sayıda insanın onurunu yeni ve gitgide artan endişe-verici yollarla tehdit etmesine imkân veren yeni kurum ve uygulamalar yaratmıştır”. Bk. Donnelly, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Türkçesi Mustafa Erdoğan-Levent Korkut, Yetkin Yay., Ankara 1995, s.12.

<sup>7</sup> Bk. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 10. Baskı, Beta Yay., İstanbul 2005, s.136. “Fransa’da “Eski Rejimde” 16. yüzyılda, milli devlete doğru gelişmede, devletin statüsünü düzenleyen “Kraliğin Temel Kanunları” vardı. Fransa’nın ilk anayasası sayılan bu kurallara, monark karşı geleliyordu, fakat oluşma halinde olan bu kurallar açık değildi ve teamüli nitelikleri, kralın kişiliği ile devletin birbirinden ayrılmasına imkân veriyordu”. Teziç 2005, s. 137 ve orada gösterilen kaynaklar. Ayrıca bk. Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 2. Baskı, Adres Yayınları, Ankara 2004, 2004, s. 34.; Oder, Bertil Emrah, *Avrupa Birliği’nde Anayasa ve Anayasacılık*, Anahtar Kitaplar Yay., İstanbul 2004, s. 87.

<sup>8</sup> Dünyanın ilk anayasası olarak kabul edilen ABD Anayasası, kuşkusuz felsefi ve siyasal bir boşluk içinde ortaya çıkmamıştır. Bu Anayasa, Ludwikowski ve Fox’un dediği gibi; “1787 yılında Filadelfiya’da birkaç parlak zekâlı insanın kaleminden dökülmüş mucizevi şeyler değildir”. Onun kökleri sadece Amerikan koloni tecrübesine değil, hükümlerinden bazıları Manga Carta öncesine kadar uzanan İngiliz Tarihinin anayasacılık geleneğine ve asırlar ötesine uzanan Avrupa siyasal düşüncesine dayanmaktadır. Bk. Rett R. Ludwikowski and William F. Fox, Jr., *The Beginning of The Constitutional Era A Bicentennial Comparative Analysis of The First Modern Constitutions*, (Washington D.C.: The Catholic University of America Press, 1993), s. 194.

<sup>9</sup> Örneğin 3 Mayıs 1791 tarihli Polonya Anayasası iktidarın anayasa ile sınırlandırılması temel ideali ile Doğu Avrupa’yı etkilemiş, kısa ömürlü 3 Eylül 1791 tarihli Fransız Anayasası sırasıyla birçok Latin Amerika ve İskandinav Anayasalarına model oluşturan 1812 tarihli İspanyol ve 1814 tarihli Norveç Anayasalarını tesir altına almıştır. Bk. Ludwikowski ve Fox 1993, s. 2–3.

*burjuva öğretisi ve anayasacılığının*<sup>10</sup> yönlendirici etkisidir. Bu etkiyi *diffusionism* (yayılmacılık) veya *Wave Theory* (dalga teorisi) ile açıklamak gerekirse merkez ABD ve Batı Avrupa olmak üzere dünyanın diğer bölgelerinde ve farklı medeniyet dünyalarında anayasacılığın yayıldığı söylenebilir.

“*Medeniyetlerin buluşması*” bağlamında ele alındığında “anayasacılık” ile “Batı medeniyeti” arasında güçlü bir ilişki bulunmaktadır. Anayasacılık hareketleri, gelişimini Batı medeniyet bölgesinde tamamlamış, yayılmasına da önce oradan başlamıştır. Anayasa kavramının bizatihi kendisi bu uygarlığın bir ürünüdür. Öyleyse, terim ve kavram olarak anayasaların –en azından doğrudan-bir medeniyetler buluşmasının sonucunda ortaya çıkmadığı, ancak diğer medeniyetlerin de öğrenmeyi ve konuşmayı tercih ettikleri ortak bir dil olduğu sonucuna varılabilir.

#### Ortak Dilin Kavramları

“*Anayasaların ortak dili*” dendiğinde herhalde, XX. yüzyılın son on yılında hızlı bir yayılma gösteren, “*liberal anayasacılık*” anlayışı akla gelmelidir. Bu anayasacılık dilinin ortak kavramları demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunması biçiminde özetlenebilecek idealler bütünüdür. (Kopenhag Siyasi Kriterleri)

Bu ortak dilin temel kavramları olan “demokrasi” ve “insan hakları” anlayışı ise, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatları ile açıklığa kavuşmaktadır. “Bu demokrasiye “*çağdaş Avrupa modeli demokrasi*” veya bununla büyük ölçüde benzerlik gösteren “*liberal demokrasi*” demek uygun olur. Günümüzde Anayasal devlet, çoğulculuk, çok partili sistem, temel haklar ve özgürlükler, hukukun üstünlüğü gibi kavramlar demokrasi ile birlikte düşünülmektedir. Avrupa’nın üzerinde uzlaşma sağladığı demokrasi modelinde katılım, insan onuruna saygı, şeffaflık, bilgiye ulaşma, çoğulculuk, çoğunlukçuluğa karşı olma, en

<sup>10</sup> Bk. Gemalmaz, Mehmet Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Legal Yay., İstanbul 2005, s. 144.

az düzeyde ve ölçülü/orantılı güç kullanma, fırsat eşitliği ve bu ilkeleri yaşama geçirecek kurumların oluşturulması önem kazanmaktadır”<sup>11</sup>.

Bu ideallerin sadece anayasalarda ortak bir dilin öğeleri olarak yer almaları yetmez, somut biçimde yaşama geçirilmeleri, buna ilişkin kurumların tesis edilmesi ve işlerliğe kavuşturulması da gereklidir.

## II

“Anayasaların ortak bir dili var mıdır veya gelişmekte midir?” sorusunu sorduran asıl gelişmeler, 1990’lardan günümüze Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerindeki hızlı anayasal değişimlerdir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında bu ülkelerin Sosyalist hukuk sistemine dahil oldukları, hatırlanmalıdır. Bilindiği gibi, sosyalist ülke anayasalarında bireysel temel haklar terimi ve kavramına yer yoktur. Bu sistemde tüm haklar kolektif bir vücut olarak devlete aittir. Bireysel haklar sadece kendisine verilen görevleri yerine getirmeleri karşılığında devletin vatandaşlarına bir ihsanı olarak düşünülür.

Komünist dünyada anayasal haklar, yerine getirilmesi için zorlama mekanizmalarının bulunmadığı sadece birer vaatler listesinden ibaretti<sup>12</sup>. Sosyalist ülke anayasalarında kullanılan dilde, devlet organları arasında ve içinde “kontrol ve denge” fikrine yer olmadığı gibi, asıl önemlisi anayasanın üstünlüğünün korunmasını sağlayacak kurumsal yapılar da bulunmamaktaydı<sup>13</sup>. Bu kontrol mekanizmasının eksikliği insan hakları alanında kendini göstermiş hem hukuk ve hem de ceza mahkemelerinde nadiren insan hakları hukukunun doğrudan uygulandığı davalara rastlanmıştır. İnsan haklarının korunmasına ilişkin özel bir organ ise hiçbir zaman olmamıştır<sup>14</sup>.

Liberal rejimlerde “hukukilik”, üstün felsefi/hukuki ilke olarak merkezi bir değere sahip olduğu ve iktidarı elinde tutanları da bağladığı halde, Marksist rejimlerde *hukukilik* bir iç düzen ilkesi olarak

<sup>11</sup> Bk. Koçak, Mustafa, “Karşılaştırmalı Analiz, İHAM ve AB Ölçütleri”, *Anayasa Yargısı* 23, Anayasa Mahkemesi Yay. 54, Ankara 2006, s.121 ve burada gösterilen kaynaklar.

<sup>12</sup> Bk. Henckaerts, Jean-Marie and Jeught, Stefaan Van Der, “Human Rights Protection Under the New Constitutions of Central Europe”, *Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Journal* (Loy. L.A. Int’l Comp. L.J.), Vol. 20, (1997-1998), s. 476.

<sup>13</sup> Hartwig 1991–1992, s. 450.

<sup>14</sup> Hartwig 1991–1992, s. 450–451.

görülmüş, sadece yönetilenler için bağlayıcı sonuçlar doğurmuştur. Kısaca, liberal toplumlarda kanunilik anlayışı anayasanın üstünlüğüne dayandığı halde, Marksist toplumlarda anayasanın nispiğine (görece) dayanmaktaydı<sup>15</sup>. İşte 1990'lı yıllara gelindiğinde merkezi ve doğu Avrupa ülkeleri böyle bir hukuk sistemi ve anayasal düzen içinde yer alıyorlardı<sup>16</sup>.

Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerinin anayasal düzenleri, sosyalizmin sona ermesinden sonra sert bir biçimde değişime uğramıştır. Bu değişimin iç dinamikleri kadar dış dinamikleri de önemlidir. Doğu Avrupa ülkeleri 1990'lı yıllarda Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği ve NATO'ya üye olmak için büyük çaba harcamışlardır. İlk bakışta ekonomik bir organizasyonmuş gibi görünse de Avrupa Birliği, aday ülkelerin sadece ekonomik ölçütlere uymalarını yeterli bulmamış, aynı zamanda demokrasi, insan hakları, hukukun üstünlüğü, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunmasını güvence altına alacak yapısal değişiklikleri de şart koşmuştur<sup>17</sup>.

Birlik'e aday ülkeler tarafından tam üyelik öncesinde gerçekleştirilmesi istenen 1993 Kopenhag Kriterleri (ölçüt), anayasaların ortak bir dile ulaşmaları yolunda önemli bir yere sahiptir. Hatırlanacağı gibi, benzer bir gelişim Türkiye'de de yaşanmış, "*Uyum Paketleri*" olarak bilinen anayasa ve diğer mevzuatta yapılan kapsamlı değişikliklerle aynı amaca doğru ciddi mesafeler kat edilmiştir.

1990'larda AB'ne üye olmak isteyen Doğu Avrupa ülkelerinin yeni kurulan demokratik hükümetleri, fiili olarak temel hak ve özgürlükleri koruyabilmek için siyasi iktidarı anayasa ile sınırlama yolunu seçmişlerdir<sup>18</sup>. Bu ülkeler her şeyden önce, temel hak ve

<sup>15</sup> Bk. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Beta Yay., İstanbul 2005, s. 140

<sup>16</sup> "SSCB'de, 1991 yılında Marksist rejimin sona ermesi, öteki halk demokrasilerinin de çoğulcu ve açık toplum sürecine girmeleri ile sosyalist kanunilik anlayışının da son bulduğu ileri sürülebilir. Ancak, günümüzde Çin Halk Cumhuriyeti halen sosyalist rejime bağlılığını sürdürüyor. Gerçi 27 Mart 1993 Anayasa değişikliği ile Pazar ekonomisine geçiş süreci başlatıldı ama bu durum kurumsal yapıda henüz bir değişikliğe yol açmış değil." (Teziç 2005, s. 140.)

<sup>17</sup> Bk. Kent, Penelope, *Law of the European Union*, 3. edition, (England: Longman 2001), s. 6-7.

<sup>18</sup> Bk. Aktaran Henckaerts and Jeught, (1997-1998), s. 477.

özgürlüklerin anayasal garantilere kavuşturulması gerektiğini ve bu hakların korunmasını hukuksal yollardan da zorlayacak kurumların gerekli olduğunu kavramışlardır. Bu yolda ilerlerken karşılaştıkları birinci sıkıntıyı, temel hak ve özgürlüklerin yeni anayasa dili ile formüle edilmesinde, ikincisini ise yeterli ve gerçek bir koruma mekanizmasının pratiğe geçirilmesinde ve bu hakların yargısal güçle desteklenmesi esnasında yaşamışlardır<sup>19</sup>.

### III

Anayasada yazılı hakların pratiğe geçirilmesi ve koruma mekanizmaları dendiğinde Anayasa Mahkemelerinin düşünülmesi gerekir. İki büyük savaş arasında (Birinci ve İkinci Dünya Savaşları) istisnai olarak bazı Avrupa ülkelerinde görülen anayasa mahkemeleri ve anayasaya uygunluk denetim sistemleri, asıl önemli gelişmelerini İkinci Dünya Savaşı'nın bitimini izleyen dönemde gerçekleştirmişlerdir<sup>20</sup>. Normatif düzlemde liberal anayasacılık Batı merkez olmak üzere dünyanın öteki bölgelerine doğru anayasaların ortak dilini yaygınlaştırmıştır. Bu gelişmenin yanı sıra özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası kurulan Anayasa Mahkemeleri, Batı Avrupa ve onun etki alanı ile sınırlı da olsa, liberal anayasacılık dilinin yerleşmesine ve pratiğe geçirilmesine önemli katkılar sağlamışlardır.

Bu alanda “*Common Law*” dünyasına bakıldığında Common Law dünyası yargıçlarının yoğun biçimde birbirlerinin kararlarını kullanarak dilin ortaklaşması ve ortak dilin yaygınlaşmasına katkı sağladıkları görülmektedir<sup>21</sup>.

Öncelikle Büyük Britanya’da yazılı anayasa ve merkezi tipte anayasa yargısı görevi üstlenmiş bir Anayasa Mahkemesinin bulunmadığı hatırlanmalıdır. Ancak bu durum Büyük Britanya’da hiçbir şekilde anayasaya uygunluk denetiminin yapılmadığı veya

---

Bk. Sadurski, Wojciech, “Constitutional Courts in the Process of Articulating Constitutional Rights in the Post-Communist States of Central and Eastern Europe, Part I, *EUI Working Paper Law No. 2002/14*, www.bodley.ox.ac.uk/dept/law/newbook04Mar15.htm (07.04.2007).

<sup>19</sup> Bk. Henckaerts and Jeught, (1997–1998), s. 477.

<sup>20</sup> Anayasa yargısı kavramı ve tarihsel gelişimi için bk. Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara 1993, s. 341-344.

<sup>21</sup> Bk. Örucü, Esin, “Ulusal Anayasa Mahkemelerinde ‘Yargısal Karşılaşmacılık’ Ve Mahkemeler Arası Dialog”, *Evrensel Barış Ve Medeniyetler Buluşmasında Anayasa Mahkemelerinin Rolü-Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşunun 45. Yıldönümü Sempozyumu*, (yayımlanmamış tebliğ) Ankara 25–26 Nisan 2007, s. 3 ve orada gösterilen kaynaklar.

anayasaya uygunluk denetimi yapan hiçbir organın yokluğu anlamına da gelmemektedir. Anayasa Mahkemeleri bulunan ülkelerde bu mahkemelerin gördüğü birçok dava, Büyük Britanya'da "House of Lords" ve "Court of Session"da görülmektedir. Bu kurumlar 1998 yılında Human Rights Act'ın kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesinden sonra özellikle insan haklarının korunması, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) ve Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (ATAD) kararlarının bağlayıcılığı nedeniyle, Anayasa Mahkemeleri gibi davranmaktadırlar<sup>22</sup>.

Avrupa'da İngiliz ve İskoç Yüksek Yargı yerlerinin diğer ülkelere göre karşılaştırmacılığı çok daha yaygın bir biçimde kullandıkları görülmektedir. Anılan yargı yerleri, hem (İHAM) ve Divanıyla (İHAD), hem de Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya, Güney Afrika ve Amerika Birleşik Devletleri gibi diğer 'common law' ülkeleri mahkemelerinin kararlarını takip etmekte ve onlardan yararlanarak dilin ortaklaşması ve ortak dilin yaygınlaşmasına katkı sağlamaktadırlar<sup>23</sup>.

Bilindiği gibi dünyada iki tip Anayasa Yargısı Modeli vardır: bunlardan birisi Amerikan modeli veya adem-i merkezi tipte anayasa yargısı, diğeri Kara Avrupa'sı modeli veya merkezi tipte anayasa yargısıdır<sup>24</sup>. Rusya<sup>25</sup> ve Doğu Avrupa ülkeleri anayasa mahkemeleri ikinci modeli tercih etmişlerdir<sup>26</sup>.

Merkezi ve Doğu Avrupa ülkelerinde kurulan Anayasa Mahkemeleri sosyalist bir devletin hukuk devletine dönüşümünde önemli roller üstlenmişlerdir. Bu ülkelerde hukukun üstünlüğü, hukuk sistemlerinin köşe taşı haline gelmiştir. Hukukun üstünlüğü ilkesinin korunması eski sosyalist ülkelerde kurumsallaşmaya başlamıştır. Bu

<sup>22</sup> Bk. Örucü 2007, s. 3 ve orada gösterilen kaynaklar.

<sup>23</sup> Bk. Örucü 2007, s. 5-6.

<sup>24</sup> Geniş bilgi için bk. Bk. Epstein, Lee, "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* (2001), s. 3-10. Makaleye şu adresten ulaşılabilir:

[http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3757/is\\_200101](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3757/is_200101) (16.04.2007)

<sup>25</sup> Rusya Mahkemeleri ve Rusya Anayasa Mahkemesi ile Rusya Anayasası konusunda geniş bilgi için bk. Maggs, Peter B., "The Russian Courts and the Russian Constitution", *Heine—Ind. Int'l & Comp. L. Rev. Vol: 8 (1997-19998)*, s. 99-117.

<sup>26</sup> Bk. Epstein 2001, s. 3.



kurumlar özellikle devletin diğer organlarına, hatta yasama organına karşı anayasanın üstünlüğünü savunmak için yaratılmıştır.

Devlet sadece yasama organının iradesine göre değil, aynı zamanda anayasada düzenlenmiş temel ilkelere göre yönetilecektir. Birçok Doğu Avrupa ülkesinde anayasa mahkemeleri anayasaları korumalarının ötesinde, aynı zamanda normlar hiyerarşisini de garanti altına almaktadırlar<sup>27</sup>.

Bu gelişimde Anayasa Mahkemelerinin fonksiyonunun derecesini ölçebilmek için bir örnek vermek yerinde olacaktır. Rusya'da Birinci Anayasa Mahkemesini 1993 yılında askıya almış olan Başkan Boris Yeltsin, aradan beş yıl geçtikten sonra hoşlanmadığı bir Anayasa Mahkemesi kararı hakkında şöyle demek zorunda kalmıştır:

*"Her ne kadar verdikleri kararı hiç sevmedimse de (...) Anayasa Mahkemesi böyle bir içtihatla bulunduğuna göre artık kimsenin yapılabileceği bir şey de yoktur"*<sup>28</sup>.

Merkezi ve Doğu Avrupa ülkeleri anayasa mahkemelerinin şüphesiz diğer Batılı benzerlerine göre eksikleri ve sıkıntıları olmuştur. Bunların başında bu ülkelerde bağımsız yargı kültürünün ve geleneğinin yokluğu gelmektedir. Ancak giderek bu problemler aşılmakta, Rusya ve Doğu Avrupa ülkelerinde anayasa mahkemeleri halk katında da kabul görmeye, başka bir deyişle "popülerite" kazanmaya başlamış bulunmaktadır. Bir yargıcın ifadesiyle, Rus halkı artık "klasikleşmiş 'Polisler nerede?' sorusunu bırakıp 'bunun yerine 'Anayasa Mahkemesi nerede?' demeye başlamıştır"<sup>29</sup>.

Bu örnek, bir yandan genel anlamda anayasal kurumların zaman içinde giderek hukukun meşru kaynakları haline dönüştüğünü göstermekte<sup>30</sup>, diğer yandan anılan ülkelerde ortak anayasa dilinin yaygınlaştırılmasında Anayasa Mahkemelerinin oynadıkları rolün önemini de ortaya koymaktadır.

Şimdi de Anayasa mahkemelerinin bu ortak dilin yaygınlaştırılması bağlamında Huntington'un farklı medeniyet

<sup>27</sup> Hartwig 1991–1992, s. 468.

<sup>28</sup> Bk. Epstein, Lee, "The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government", *Law & Society Review* 2001, s. 12. Makaleye şu adresten ulaşılabilir: [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_qa3757/is\\_200101](http://findarticles.com/p/articles/mi_qa3757/is_200101) (16.04.2007)

<sup>29</sup> Bk. Epstein 2001, s. 6.

<sup>30</sup> Thomas F. Remington'dan aktaran Epstein 2001, s. 12.

dünyasında gösterdiği bir ülkeden, Mısır Anayasa Mahkemesi<sup>31</sup> ve Yargıtay'ının kararlarından örnek vermek istiyorum.

1971 tarihli Mısır Anayasasının 2. maddesi, “*devletin dini İslam, resmi dili Arapça ve başkenti Kahire'dir. İslam şeriatının ilkeleri yasamanın başlıca kaynaklarından biridir*”, hükmüne yer vermektedir. Bu madde 22 Mayıs 1980'de şeriat kurallarının, yasamanın başlıca kaynaklarından biri değil, “*yegane kaynağı*” olduğu biçiminde değiştirilmiştir. Buna göre; Mısır'da, “*devletin dini İslam, resmi dili Arapça ve başkenti Kahire'dir. İslami kurallar (şeriat) yasamanın temel kaynağıdır*” (md.2)<sup>32</sup>. Bu değişikliğin sonucunda Mısır'ın, şeriate aykırı yasamanın yapılamayacağı bir “*anayasal teokrasi*”ye<sup>33</sup> dönüşmüş olduğu söylenebilir.

Ancak uygulama hiç de beklenildiği gibi olmamış, Mısır Anayasa Mahkemesi “*seküler kozmopolitan değerler*” ile “*dini kurallar*” arasındaki gerilimi azaltıcı önemli bir adaptör görevi üstlenmiştir. Yüksek Mahkeme karşılaşılan problemlere, şeriat kurallarını günün koşullarını da dikkate alarak ılımlı bir biçimde yorumlamış ve uygun çözümler üretmiştir. Böylece 1980 Anayasa değişikliğinin sonuçları yumuşatılmış, şeriat kurallarının esnek olmadığı yolundaki genel kanaatin de aksi gösterilmiştir<sup>34</sup>.

Mahkeme anılan kararlarından birinde, 1996 yılında üniversite çağına gelmemiş kız çocuklarının yüzlerini kapatmayacak biçimde baş örtüsü takabilmelerini velilerinin isteğine bağlayan hükümet kararnamesini anayasaya uygun bulmuştur<sup>35</sup>. Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, hükümetin çıkardığı şeriat

<sup>31</sup> Anayasaya uygunluk denetimi yapan Mısır Anayasa Mahkemesi 1969 yılında kurulmuştur.

<sup>32</sup> Article 2- “Islam is the Religion of the State. Arabic is its official language, and the principal source of legislation is Islamic Jurisprudence (Sharia)”.

<sup>33</sup> Hirschl, Ran, “Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales”, *Texas Law Review*, Vol. 82, s. 5. Bk.

<http://ssrn.com/abstract=557601>(21.04.2007)

<sup>34</sup> Bk. Hirschl, s. 5.

<sup>35</sup> Bk. aktaran Hirschl, s. 8. [Wassel v. Minister of Education (the *Niq'ab*[veil] case), decision 8, Judicial Year 17 (May 18, 1996), *translated in* 3 Y.B. OF ISLAMIC & MIDDLE E.L. 177, 178 (Kosheri et al. trans., 1996)]

kararnameleri tartışılabilir, esnektir ve gelişmeye açıktır ve hatta ilgili dini kurallar tadil dahi edilebilir<sup>36</sup>.

Kahire Yargıtay'ı da (*The Cairo Court of Cassation*) Kasım 2000'de verdiği bir kararında İç İşleri Bakanlığının kadınların seyahatlerini erkeğin iznine bağlayan düzenlemesini, kadın-erkek eşitliğinin ihlâli olarak görmüş ve bu nedenle anayasaya aykırı bulmuştur<sup>37</sup>.

Mısır Anayasa Mahkemesi, benzer konularda verdiği ılımlı ve oldukça liberal içtihatları ile hükümet politikalarını da meşrulaştırmaktadır<sup>38</sup>. Geçtiğimiz yıllarda geliştirdiği Şeriat kurallarının "liberal" ve "orta yol" yorumuna dayalı istikrarlı içtihatlarıyla Mahkeme, izlediği bu çizginin gelip geçici olmadığını, seküler politikasında ısrarlı olduğunu da göstermiştir<sup>39</sup>.

Bu ve benzeri örneklerden yola çıkarak Mısır Anayasa Mahkemesinin, İslâm hukukunun yorumunda yeni bir çerçeve (framework) ortaya çıkarmış bulunduğu<sup>40</sup> yolundaki yorumlara katılmak gerekir. Konumuz açısından da anayasal normlar zaman zaman liberal anayasacılığın diline uygun gibi görünmeseler bile, Anayasa Mahkemeleri normun yorumunda ortak dilde ve ortak bir anlayışta birleşebilmektedirler<sup>41</sup>.

## Sonuç

Günümüzde değişik medeniyetler ve farklı hukuk sistemleri içinde bulunan ulusların anayasalarının ortak bir dile doğru ilerledikleri gözlenmektedir. Bu dil medeniyetler buluşmasının bir sonucu değil, siyasal, ekonomik, sosyal alanlarda daha hızlı ve diğerlerinden önce

<sup>36</sup> Geniş bilgi için bk. Hirschl s. 8, dnp. 50'de ve s. 9, dnp. 52'de gösterilen kaynaklar.

<sup>37</sup> Bk. Hirschl, Ran, "Constitutional Courts vs. Religious Fundamentalism: Three Middle Eastern Tales", *Texas Law Review*, Vol. 82, s. 9-10; <http://ssm.com/abstract=557601> (20.04.2007)'dan [Frances Raday, *Culture, Religion, and Gender*, 1 INT'L J. CONST. L. [I.CON] 663, 684 nn. 81-82 (2003)].

<sup>38</sup> Bk. Hirschl, s. 6.

<sup>39</sup> Bk. Hirschl, s. 8.

<sup>40</sup> Bk. Hirschl, s. 6.

<sup>41</sup> Burada yargıç *Frankfurter*'in anayasaları "değişen olgular karşısında kendi anlamını yenileyen hukuksal metinler" olduğu yolundaki görüşü hatırlanmalıdır. Bilindiği gibi, "yaşayan anayasa" kavramı da, anayasaların yorumunda tarihsel ya da toplumsal değişmelerin ve gelişmelerin dikkate alınmasını gerekli görmektedir. Bk. Oder 2004, s. 62-63 ve burada gösterilen kaynaklar.

tecrübeler kazanmış Batı kültür ve medeniyet dünyasının geliştirdiği bir dilin diğerlerince de ortak dil olarak kabul görmesinden doğmaktadır.

Bu yargı, Batı medeniyeti dışındaki diğer medeniyetlerde “*insan onuru*” kavramının yokluğu anlamına gelmemektedir. Bilakis farklı uygarlıkları ortak bir dilde buluşturan bileşenin “*insan onuru düşüncesi*” olduğu kabul edilmelidir. O halde “*anayasacılık*” insan hakları bağlamında düşünüldüğünde *hakların* kaynaklarının aranacağı yegane yer, *medeniyetler/kültürler* ve *yapılar* olamaz. Buradaki temel ölçü, Galtung’un da dediği gibi<sup>42</sup>, normların, temel insani ihtiyaçlara hizmet ediyor ve insanlar tarafından kabulleniliyor olmasıdır.

---

<sup>42</sup> Bk. Galtung, Johan, *Bir Başka Açıdan İnsan Hakları*, Birinci Basım, Metis Yayınları, İstanbul 1999, s. 9.